Teoría del **CONTRATO**

Oscar Del Brutto Andrade

UEES

Teoría del Contrato

Oscar del Brutto Andrade
2019

UNIVERSIDAD ESPÍRITU SANTO
Km. 2,5 Vía a Samborondón - Ecuador
Teléfono: (593-4) 2835630
ceninv@uees.edu.ec
www.uees.edu.ec

Autor:
Oscar del Brutto Andrade

Editores:
Fernando Espinoza Fuentes
Alexandra Portalanza Chavarría

Coordinadora editorial:
Natascha Ortiz Yánez

Cita:
(Del Brutto-Andrade, O., 2019)

Referencia Bibliográfica:
Del Brutto-Andrade, O. (2019) Teoría del Contrato. Universidad Espíritu Santo - Ecuador.

Portada:
Universidad Espíritu Santo

Diseño e impresión:
Impgraficorp S.A.
Km. 16 Vía a Daule, Av. Pascuales S/N
Teléfono: (593-4) 2162202
ventas1@impgraficorp.net

Edición:
Primera, agosto 2019

ISBN-E:
978-9978-25-221-5

Derechos reservados. Prohibida la reproducción parcial o total de esta obra, por cualquier medio, sin la autorización escrita de los editores.

Tabla de contenido

Prólogo..... 1
Introducción..... 3

Capítulo 1

1. El Derecho de los contratos..... 5
   1.1 Acto jurídico, convención y contrato..... 6
   1.2 Requisitos del contrato..... 9
   1.3 Cumplimiento del contrato.....12

Capítulo 2

2. Capacidad para contratar.....17
   2.1 Capacidad e incapacidad para contratar.....18
   2.2 Demencia..... 20
   2.3 Demencia transitoria..... 23
   2.4 Menores de edad..... 26
   2.5 Persona sorda que no pueda darse a entender..... 28
   2.6 Otros interdictos..... 29
   2.7 Personas jurídicas.....30
   2.8 Incapacidades particulares.....31

Capítulo 3

3. Consentimiento.....33
   3.1 Oferta y aceptación..... 35
   3.2 Error..... 38
   3.3 Dolo..... 44
   3.4 Fuerza..... 48

Capítulo 4

4. Objeto y causa..... 53
   4.1 Objeto, objeto, ¿qué objeto?..... 54
   4.2 Requisitos del objeto..... 55
   4.3 Objeto ilícito..... 59
   4.4 Causa, razón, motivo o circunstancia..... 63
   4.5 Causa ilícita.....66

4.6 Simulación.....67
4.7 Causa falsa..... 69

Capítulo 5

5. Nulidad..... 71
5.1 Nulidad absoluta..... 73
5.2 Nulidad relativa..... 76
5.3 Declaratoria judicial y efectos de la nulidad entre las partes..... 78
5.4 Efectos de la declaratoria de nulidad frente a terceros..... 80
5.5 Indemnización de perjuicios..... 81
5.6 Inexistencia..... 83

Capítulo 6

6. Incumplimiento..... 87
6.1 Incumplimiento del contrato..... 88
6.2 Cumplimiento forzado..... 88
6.3 Resolución del contrato..... 90
6.4 Incumplimiento parcial y regla de la mora purga la mora..... 91
6.5 La indemnización..... 92
6.6 Valoración del daño..... 99
6.7 Daño moral.....102
6.8 Límites a la indemnización.....103

Bibliografía.....107

Prólogo

El contrato es una pieza fundamental de una sociedad. Los contratos, que el autor de este libro define como los acuerdos que generan obligaciones, son la forma en la que los humanos logramos la cooperación social. Los humanos necesitamos de esa cooperación para sobrevivir y desarrollarnos.

Por supuesto, la teoría legal del contrato ha sido tratada en innumerables ocasiones y por innumerables autores. Pero la publicación de este libro resulta pertinente por dos razones. Primero, porque viene a aportar a la bibliografía sobre contratos que existe en Ecuador. Aunque los temas de Derecho Civil fueron tratados de forma extensa y magistral por Luis Felipe Borja en el siglo XIX y por Juan Larrea Holguín en el siglo XX, lo cierto es que no se encuentran, en el medio ecuatoriano, muchos libros que aborden el tema de la teoría general del contrato. De hecho, es particularmente curioso que en el Tratado de Derecho Civil de quince tomos escritos por Juan Larrea Holguín, no haya un desarrollo sobre la teoría general del contrato, sino de cada uno en particular. La segunda razón es que este libro, escrito de forma simple y amena, está lleno de ejemplos y casos anglosajones que permiten una comparación de los sistemas legales.

Este es un libro especialmente útil para estudiantes, que encontrarán un resumen, con redacción directa y sin adornos innecesarios, sobre las reglas que gobiernan a los contratos en el Ecuador. En muchas ocasiones, el autor ha omitido dar sus criterios personales, pues, una vez planteadas las preguntas, deberán desarrollar sus propios criterios con base a los argumentos dados.

Verónica Hernández Muñoz

Guayaquil, 2018

Introducción

Este libro contiene una explicación de la ley que regula a los contratos en el Ecuador. Voy a tratar las reglas comunes a todos los contratos y no las reglas especiales que se refieren sólo a un determinado tipo de contrato. Me voy a referir al contrato en general y no, por ejemplo, al contrato de compraventa o al contrato de mandato, en particular.

El libro está organizado en seis capítulos. En el primero, con una introducción que sirve para plantear las dos grandes preguntas del Derecho de Contratos: ¿Cuándo hay, legalmente hablando, un contrato? y, ¿qué pasa si el contrato se incumple? En el resto de capítulos se intenta responder estas dos preguntas. En el capítulo dos, está desarrollado el requisito legal de que el contrato sea celebrado por personas capaces. El tres se refiere al proceso de formación de la voluntad para contratar y a los vicios de los que puede adolecer esa voluntad. En el capítulo cuatro, se discute el objeto y la causa de los contratos. En el cinco, se resumen las reglas sobre la sanción a los contratos que no cumplen con los requisitos de validez que establece la ley. Y, finalmente, en el capítulo seis, se aborda la situación legal que se produce cuando una parte incumple el contrato.

El libro va dirigido, principalmente, a estudiantes de Derecho. Con el objetivo de que sea didáctico, me he referido constantemente a casos de la jurisprudencia nacional y extranjera porque, los casos permiten entender la aplicación y alcance de los conceptos legales con facilidad.

El autor

Guayaquil, 2018

Capítulo 1

1. El Derecho de los contratos

Se empieza considerando dos casos. En el primero, Antonio necesita tres mil ducados y Shylock los tiene. Ambos acuerdan que Shylock le entregará el dinero a Antonio, y que este le regresará, en noventa días, la misma suma de dinero. Van a la oficina de un notario, firman un documento que registra lo acordado y Shylock entrega tres mil ducados a Antonio. En el segundo caso, Porcia le entrega un anillo a Bassanio y ambos acuerdan que el anillo no se extraviará jamás. Porcia dice: "todo os lo doy con este anillo. Si algún día lo destruís o perdéis, será indicio de que habéis perdido mi amor y podré reprenderos por tan grave falta". Bassanio contesta: "cuando huya de mis dedos este anillo, irá con él mi vida".

Al igual que los personajes del *Mercader de Venecia* de William Shakespeare, todos llegamos a acuerdos. Acordamos con un amigo que lo pasaremos viendo a las ocho de la noche para ir al cine. Acordamos con la dueña de la tienda que le daremos una moneda si nos da una botella de agua. Acordamos con el dueño del departamento que le pagaremos la renta antes del día cinco de cada mes si nos permite vivir en su propiedad. Una larga lista enumeran todos los acuerdos a los que llegamos a diario. En realidad, como demuestran los ejemplos, la mayoría de los bienes y los servicios de los que gozamos son el resultado de un acuerdo, al que en algún momento, llegamos con alguna persona.

El Derecho de los contratos es el conjunto de reglas que gobiernan los acuerdos. Estas reglas se refieren, principalmente, a dos problemas: ¿cuándo hay contrato? y ¿qué pasa si una parte incumple el contrato?

El primer problema, ¿cuándo hay contrato?, consiste en la distinción entre los acuerdos que merecen protección legal y los acuerdos que no merecen esa protección. Intuimos que el acuerdo entre Antonio y Shylock está protegido por la ley, pero que el acuerdo entre Porcia y Bassanio no tiene esa protección. Sin embargo, ¿exactamente dónde trazamos la línea entre los acuerdos legales y los no legales? ¿Cómo sabemos la diferencia entre un simple acuerdo y un contrato legalmente exigible? El punto es importante. Si

el acuerdo está legalmente protegido, cualquiera de las partes puede acudir ante un juez y pedir el cumplimiento del acuerdo. Por el contrario, si el acuerdo no está legalmente protegido, las partes no tienen esa opción. Habrá un deber moral o social de cumplir lo acordado, pero no un derecho que pueda ser legalmente exigido.

El segundo problema, ¿qué pasa si una parte incumple el contrato?, se refiere a lo que debe ocurrir si una de las partes del contrato no cumple con lo prometido. Este segundo problema presupone que el contrato es legalmente exigible y que uno de los contratistas incumplió con lo que válidamente prometió. Se trata de las reglas que prescriben lo que debe ocurrir si, en lugar de regresar el dinero prestado a los noventa días, Antonio decide guardar los tres mil ducados en una maleta, mudarse a Islas Caimán y no volver a comunicarse con Shylock nunca más. Intuimos que Shylock tiene derecho a que se le regresen los tres mil ducados, pero ¿puede exigir sólo los tres mil ducados o también puede cobrar intereses?, ¿qué ocurre si, como consecuencia de que no se le entregó el dinero a tiempo, Shylock perdió la oportunidad de hacer otros negocios? En definitiva, ¿qué es lo que debe ocurrir, exactamente, si uno de los contratantes no cumple lo acordado?

1.1 Acto jurídico, convención y contrato

Acto jurídico es el hecho voluntario que produce efectos legales. Hay acto jurídico cuando una persona realiza una actuación con el propósito de generar consecuencias que la ley estima relevantes. No es necesario que quien realice el acto jurídico conozca y quiera cada uno de los efectos que la ley le asignará a su actuación. Basta con que la persona quiera un fin práctico, y que ese fin sea reconocido y regulado por la ley. El testamento es un ejemplo de acto jurídico. Según la ley ecuatoriana, el testamento es “un acto más o menos solemne en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días” (Código Civil [C.C.] Art. 1037). Si Shylock va donde un notario con dos testigos y por escritura pública establece que, cuando se muera, la mitad de sus bienes van a pasar a su hija Jessica y la otra mitad se dividirá entre Tubal y Lancelot, entonces decimos que Shylock ha realizado un acto jurídico. Hay acto jurídico porque

Shylock realizó un testamento, esto es, una actuación que tenía el propósito de transferir sus bienes al momento de su muerte, y la ley considera que ese efecto es jurídicamente relevante. Y hay acto jurídico aún a pesar de que Shylock ni conozca ni quiera todos los efectos que la ley establece para los testamentos, como podría ser el pago del impuesto a las herencias que Jessica, Tubal y Lancelot deberán realizar para recibir los bienes de Shylock.

El acto jurídico se diferencia del *hecho jurídico*. El hecho jurídico es un acontecimiento de la naturaleza que ocurre al margen de la voluntad humana. Una tempestad es un ejemplo de hecho jurídico. La tempestad es un fenómeno natural en el que la voluntad de una persona no interviene. El hecho jurídico puede tener efectos legales, como si la ocurrencia de la tempestad provoca la exoneración de un comerciante del deber de cumplir su obligación de entregar cierta mercadería o hace nacer la obligación de la compañía aseguradora de pagar una indemnización, pero no constituye un acto jurídico, porque esos efectos no son la consecuencia de una actuación voluntaria. Lo que distingue a los actos jurídicos de los hechos jurídicos es que aquellos son el producto de la voluntad humana, y éstos no.

Si el acto jurídico es el resultado de la voluntad de dos o más personas, entonces toma el nombre de *convención*. La convención es el acuerdo de dos o más voluntades que tiene como finalidad producir efectos jurídicos. Hay convención cualquiera que sea el efecto jurídico producido. Si las partes realizan un acuerdo con la finalidad de que se produzca el nacimiento de una acreencia, o la modificación de una relación obligatoria, o la extinción de una deuda, habrá convención. Así, por ejemplo, la dación en pago es una convención. Si Shylock y Antonio acuerdan que la deuda de Antonio se extinga no con la entrega de tres mil ducados sino con la entrega de cierta mercancía, han realizado una convención. Decimos que entre Shylock y Antonio ha habido una convención porque han intervenido dos voluntades para conseguir una finalidad legalmente relevante que, en este caso, es la extinción de una obligación contractual.

Cuando la convención persigue la finalidad de crear obligaciones, recibe el nombre de *contrato*. Un contrato es, técnicamente hablando, una convención que genera obligaciones. Se trata de un acuerdo de voluntades que produce

el efecto jurídico específico de hacer nacer una relación obligatoria. En virtud del contrato se crea una obligación que antes no existía. Por eso se dice que el contrato es fuente de obligaciones, y la ley ecuatoriana señala que "[las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos" (C.C. Art. 1453). El acuerdo entre Shylock y Antonio de entregar tres mil ducados que serán devueltos en noventa días es un contrato, porque genera la obligación de Antonio de restituir. Nótese la diferencia con el ejemplo anterior. Mientras el acuerdo de entregar mercaderías en vez de ducados es una convención, porque extingue una obligación que ya existía, el acuerdo de prestar ducados es un contrato, porque genera una obligación que no existía previamente.

Entre acto jurídico, convención y contrato, hay una relación de género a especie. El acto jurídico comprende a la convención, y la convención comprende al contrato. Todo contrato es convención y toda convención es acto jurídico. En cambio, el contrato no comprende a la convención, ni la convención comprende al acto jurídico. No toda convención es contrato y no todo acto jurídico es convención. El préstamo de dinero entre Shylock y Antonio es un contrato, una convención y un acto jurídico. La dación de pago entre Antonio y Shylock es una convención y un acto jurídico, pero no es un contrato. Y el testamento de Shylock a favor de Jessica, Tubal y Lancelot, es un acto jurídico, pero no es ni un contrato ni una convención.

La ley ecuatoriana define al contrato diciendo que "contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa" (Código Civil Art. 1454). La definición es criticable. Primero, porque es un error equiparar la convención al contrato. Convención es todo acuerdo de voluntades que tiene como finalidad producir efectos jurídicos, y contrato es el tipo especial de convención que busca crear obligaciones. Entre la convención y el contrato hay una relación de género a especie y, por tanto, es un error identificar los conceptos como sinónimos (Claro Solar, 2013; Alessandri Rodríguez, 2009; Abeliuk, 2001). La segunda crítica a la definición que la ley da de contrato es que confunde el objeto del contrato con el objeto de la obligación. El objeto del contrato es la obligación, al tiempo que el objeto de la obligación es la cosa que ha de darse, hacerse o no hacerse. La ley

debió decir que el contrato genera obligaciones que pueden consistir en dar, hacer o no hacer, y no que es el contrato el que puede consistir en dar, hacer o no hacer (Claro Solar, 2013; Alessandri Rodríguez, 2009; Abeliuk, 2001).

1.2 Requisitos del contrato

El contrato es un acuerdo de voluntades, pero no cualquier acuerdo de voluntades. Algo nos dice que el acuerdo de prestar dinero, debidamente documentado, en una escritura realizada ante notario público es un contrato, pero, que el acuerdo de dos enamorados de amarse para siempre y de conservar un anillo no es un contrato. ¿Cómo distinguimos entre los simples acuerdos y los contratos legalmente protegidos?

En el Derecho anglosajón, la cuestión de determinar cuándo un acuerdo es un contrato que merece protección legal y cuándo no, se estudia con el famoso caso de *Hamer vs. Sidway*. El 20 de marzo de 1869, William E. Story acordó con su sobrino de 15 años, William E. Story II, que le pagaría USD 5000 si se abstenía de beber alcohol, fumar tabaco, jurar y apostar, hasta que cumpliese la edad de 21 años. El 31 de enero de 1875, al llegar a los 21 años, el sobrino le escribió una carta al tío contándole que había cumplido con su parte del acuerdo y solicitándole que le transfiriese los USD 5000 prometidos. El tío respondió señalando que estaba dispuesto a cumplir con su promesa, pero que pensaba que lo mejor era esperar hasta que el sobrino fuera mayor y estuviera en condiciones de manejar una cantidad de dinero que, para la época, era muy elevada. Diez años pasaron y, el 29 de enero de 1887, el tío murió sin haber transferido los USD 5000 al sobrino.

El juicio empezó cuando Louisa Hamer, la sucesora en derecho de William E. Story II, demandó el pago de los USD 5000 a Franklin Sidway, el representante de la herencia de William E. Story. El demandado se negó a pagar los USD 5000 con el argumento de que el acuerdo entre tío y sobrino no era un contrato legalmente protegido. Para el demandado, el acuerdo carecía de *consideration*. El punto del demandado era que abstenerse de beber alcohol, fumar tabaco, jurar y apostar, no significaba un detrimento para quien la hacía, sino, por el contrario, un beneficio. Sólo había contrato si el

acuerdo se había hecho en base a una *consideration*, sostenía el demandado, y sólo había *consideration* cuando las partes sufrían un detrimento. La Corte de Apelaciones de Nueva York concluyó que entre William E. Story y William E. Story II sí hubo contrato. Esta corte estuvo de acuerdo con el demandado en que, bajos las leyes del estado de Nueva York, sólo si un acuerdo se hacía en base a una *consideration* podía denominarse contrato y ser legalmente exigible; pero no estuvo de acuerdo con el demandado en que no había habido *consideration*. Para la Corte de Apelaciones de Nueva York, la *consideration* podía consistir tanto en un derecho, interés o beneficio, como en una abstención, una pérdida o un detrimento. Lo importante para determinar si había *consideration* era que cada parte del acuerdo haga, deje de hacer o prometa hacer algo debido a una acción, abstención o promesa de la otra parte. El sobrino abandonó su derecho a fumar, beber, jurar o apostar debido a la promesa del tío de pagar USD 5000, y el tío prometió pagar los USD 5000 debido a la promesa del sobrino de que no iba a fumar, beber, jurar o apostar. El acuerdo, entonces, tenía *consideration*.

El punto de Hamer vs. Sidway es que para que haya un contrato no basta el simple acuerdo, sino que se requiere algo más. Para el caso del Derecho anglosajón ese algo está determinado por la *consideration*, que es ampliamente entendida como cualquier cosa por la que se hace, se deja de hacer o se promete hacer algo. En el Derecho ecuatoriano no tenemos la figura de la consideration y, entonces, cabe preguntarse: ¿qué hace que un acuerdo constituya un contrato en el Ecuador? ¿Qué es lo equivalente a la consideration del Derecho anglosajón en nuestra ley? ¿Hubiese triunfado Hamer aplicando las normas del Derecho ecuatoriano?

La ley ecuatoriana establece que “para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad”, se necesita: “1. Que sea legalmente capaz; 2. Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. Que recaiga sobre un objeto lícito; y, 4. Que tenga una causa lícita” (C.C. Art. 1461). Así, la ley ecuatoriana establece los requisitos para que un acuerdo sea considerado un contrato legalmente exigible. Si el acuerdo se realizó entre personas capaces de contratar, que dieron su consentimiento libre e informado, sobre una cosa o un hecho lícitos, y por

una razón lícita, entonces el acuerdo es un contrato que merece la protección legal. No es necesario que exista una *consideration* como en el Derecho anglosajón. Esto último explica, por ejemplo, porque mientras en el Derecho anglosajón la donación no es un contrato por carecer de *consideration*, en el Ecuador la donación si es un contrato (Larrea Holguín, 2011, p. 295).

Probablemente, el caso de Hamer vs. Sidway hubiese tenido, en el Ecuador, una resolución parecida a la de Corte de Apelaciones de Nueva York. En primer lugar, un juez ecuatoriano se hubiese preguntado si las partes eran capaces. William E. Story no tenía ninguna incapacidad al momento de contratar, y si bien es cierto que William E. Story II celebró el contrato siendo menor de edad y, por lo tanto, incapaz, luego ratificó el contrato cuando fue mayor de edad. En segundo lugar, el juez se hubiese preguntado si las partes acordaron con consentimiento libre. No hay nada en los hechos que nos haga suponer lo contrario. No sabemos que las partes prestaran su consentimiento por error, por fuerza o por dolo. En tercer lugar, el juez se hubiese preguntado si el acuerdo tenía objeto lícito. Aparentemente, prometer abstenerse de jurar, fumar, beber y apostar no tiene nada de ilícito en el Ecuador. No parece haber una contradicción a la ley, a las buenas costumbres o al orden público.[1] Finalmente, el juez se hubiese preguntado si el contrato tuvo causa lícita. El motivo del contrato fue que el sobrino lleve una vida sana. Es un motivo que no atenta contra la ley, las costumbres o el orden público, por lo que la causa es lícita.

[1] En su famosa obra *Tratado de las obligaciones*, escrita en 1764 –más de cien años antes de Hamer vs. Sidway-, el francés Robert Pothier se refería a un caso muy similar a propósito de lo que puede ser objeto de un contrato. Pothier citaba un caso francés en el que "se ha juzgado válida una promesa por la cual un sobrino había prometido a su tío no jugar más, bajo pena de trescientas libras que se obligaba a pagarle caso que faltara a su promesa" (1764/2007, p. 78). Con todo, si el acuerdo entre William E. Story y William E. Story II se refería no al juego o a la apuesta, sino a los juegos de azar, podría haberse argumentado que el acuerdo tenía objeto ilícito en el Ecuador. La ley ecuatoriana establece que los juegos de azar son ilícitos (Código Civil Art. 1482), y podría argumentarse que un contrato que genere la obligación de abstenerse de realizar un hecho ilícito es contrario al orden público y, por lo tanto, es un contrato que tiene objeto ilícito. Un buen argumento hubiese sido el de aplicar por analogía lo establecido para las condiciones negativas, en el sentido de que si la condición negativa "consiste en que el acreedor se abstenga de un hecho inmoral o prohibido, vicia la disposición" (Código Civil Art 1492).

El mismo ejercicio puede intentarse con los acuerdos entre Antonio y Shylock, y Porcia y Bassanio. Dejando de lado que la obligación estaba garantizada con una libra de carne humana, el acuerdo entre Antonio y Shylock sería un contrato legalmente protegido bajo la ley ecuatoriana. Antonio y Shylock eran personas capaces, su consentimiento no estaba viciado, el préstamo de dinero no era ilícito, y la razón por la cual se prestó el dinero, ayudar a un amigo, tampoco era ilícita. No puede decirse lo mismo del acuerdo entre Porcia y Bassanio. Aunque Porcia y Bassanio hayan sido capaces, el acuerdo tiene objeto ilícito porque la obligación de quitarse la vida si el anillo se extravía es contraria al orden público.

1.3 Cumplimiento del contrato

La mayoría de las veces, las partes cumplen el contrato voluntariamente. Generalmente, existen razones prácticas suficientemente fuertes para incentivar el cumplimiento. Esto es especialmente cierto cuando las prestaciones se realizan de forma simultánea. Si vamos a una tienda a comprar una botella de agua, cumpliremos con pagar el precio porque de lo contrario no nos darán la botella. Pero, inclusive en acuerdos en donde las prestaciones no son simultáneas, existen fuertes incentivos para cumplir lo acordado. En relaciones de largo plazo o en relaciones que pueden comprometer el buen nombre de una persona, por ejemplo, el incumplimiento del contrato puede tener un impacto económico lo suficientemente fuerte para asegurar que el contrato sea cumplido. Si Antonio es un comerciante que permanentemente necesita préstamos para su actividad económica, incumplir la promesa de devolver los tres mil ducados a Shylock puede tener consecuencias nefastas. No sólo que el propio Shylock no le prestará dinero en el futuro, sino porque se hará fama de mal pagador y otros prestamistas no van a querer prestarle dinero o lo harán con intereses muy elevados. Es en el propio interés de Antonio cumplir el contrato.

En otras ocasiones, sin embargo, los incentivos para cumplir voluntariamente lo acordado pueden no ser tan claros. Pensemos en el caso de una persona que realiza un contrato en el que obtiene el beneficio antes de tener que realizar ningún sacrificio, y que no supone una relación comercial o social

que se mantendrá en el tiempo. Supongamos que Antonio es un comerciante inescrupuloso que no tendrá relaciones comerciales con Shylock, ni realizará negocios en Venecia en el futuro. Una vez que recibe el dinero de Shylock, Antonio no tiene ninguna buena razón para devolverlo. Seguro que no tiene una restricción moral, pues, en el ejemplo, Antonio es inescrupuloso y, por definición, los inescrupulosos no tienen restricciones morales. Seguro que no sufre un perjuicio económico, pues no está interesado en volver a hacer negocios en Venecia y no necesitará que Shylock le vuelva a prestar dinero.

El Derecho de los contratos sirve para establecer las reglas que deben seguirse en caso de que una parte incumpla con el contrato. La regla general es que en caso de incumplimiento, la parte incumplidora debe poner a la otra parte en la misma situación que hubiese tenido si el contrato se hubiese cumplido como fue acordado. Quien celebra un contrato tiene una doble opción: o cumple voluntariamente lo contrato, o es condenado judicialmente a indemnizar a la contraparte por el incumplimiento. Hay casos excepcionales en los que quien incumple un contrato no debe indemnizar, como aquellos en los que el incumplimiento es la consecuencia de un hecho irresistible e inevitable, o el incumplimiento se produce por culpa de la otra parte, pero la regla general es que los contratos deben cumplirse por las buenas o por las malas.

Existen buenas razones para proteger el cumplimiento de un contrato. En una primera instancia, una razón moral. La protección legal de los contratos se justifica porque existe un *deber moral* de cumplir lo prometido. El que contrata empeña la palabra. Una persona que incumple un contrato es una persona que miente, alguien que dice que va a hacer algo y no lo hace. La contraparte de un acuerdo modela su conducta en base a lo que le fue prometido. Cuando una persona incumple un contrato, defrauda la confianza que su contraparte puso en ella. Antonio recibió tres mil ducados porque prometió que regresaría igual suma en noventa días. Si el dinero no se restituye, Antonio habrá mentido y esa mentira afectará a Shylock que había puesto su confianza en la palabra de Antonio. En realidad, una sociedad en donde la gente miente es un entorno muy complicado para vivir y prosperar.

Con todo, existen al menos tres raparos a la justificación moral de la protección legal de los contratos (Scott & Kraus, 2013, p. 25). En primer lugar, según algunos filósofos, entre los que no se pueden contar a los kantianos, decir la verdad es lo correcto en ciertas ocasiones, pero no en todas las ocasiones. En ciertas circunstancias es moralmente correcto mentir (pensemos en el ejemplo extremo de quien esconde a un amigo de la persecución injusta de un gobierno dictatorial y sanguinario, y es preguntado sobre el paradero del perseguido). En segundo lugar, el punto no sirve para explicar por qué ciertos acuerdos se protegen y otros no. Tan promesa es la de Antonio a Shylock, como la de Bassanio a Porcia. Finalmente, la justificación parte de la premisa de que es correcto que el Derecho se utilice para conseguir fines morales. El punto también es filosóficamente cuestionable, pues el Derecho es una cosa y la moral es otra.

En una segunda instancia, la justificación de la protección legal de los contratos es económica. El contrato supone la asignación eficiente de recursos, porque significa el traspaso de bienes y servicios de un uso menos valioso a un uso más valioso. Supongamos que Antonio está en el negocio de la venta de alfileres, y que le vende un alfiler a Graciano a cambio de un dólar. El intercambio del alfiler por el dólar sólo es posible porque Antonio, el vendedor, valora el alfiler por menos de un ducado, y Graciano, el comprador, valora el alfiler en más de un ducado. Si no fuese así, el intercambio nunca se hubiese celebrado. La economía establece un nuevo enfoque para justificar la protección de los contratos: los contratos no se protegen primordialmente porque la palabra deba ser honrada, sino para establecer reglas que permitan la correcta asignación de recursos.

La justificación económica de la protección legal de los contratos también se encuentra con obstáculos. El primero de ellos es que en el Ecuador los contratos no suponen, necesariamente, el intercambio de bienes y servicios. En el contrato de donación, por ejemplo, lo que ocurre es que “una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta” (C.C. Art. 1402). No hay intercambio, pues una parte entrega un bien y no recibe nada a cambio. El segundo de los obstáculos es que el cumplimiento de un contrato puede causar ineficiencias. Sigamos con el

ejemplo del alfiler. Si después de haber acordado la venta, pero antes de realizar la entrega, Antonio se entera de que Lorenzo está dispuesto a pagar dos dólares por el alfiler, lo más eficiente sería que Antonio incumpla el contrato con Graciano y celebre un nuevo contrato con Lorenzo. En este caso parece que existe una justificación económica para que el contrato se desconozca.

Sea que los contratos deban protegerse por razones morales, por razones económicas, o por una mezcla de las dos, lo cierto es que la ley ecuatoriana protege a los contratos. Se trata de una protección que encierra una interesante paradoja. La paradoja consiste en que los contratos son una expresión de la libertad individual, pero, al mismo tiempo, suponen una restricción de la libertad individual. Uno es libre para contratar, pero una vez que contrató ya no es libre para dejar de cumplir lo prometido. Antonio tiene total libertad para decidir si contrata con Shylock, si contrata con Tubal o si, simplemente, no contrata con nadie. Pero, desde el momento en que ha realizado un contrato con Shylock, ya no es libre para desconocer lo acordado. Tiene que cumplir y, si no cumple voluntariamente, la ley establece que puede ser constreñido a hacerlo.

Capítulo 2

2. Capacidad para contratar

El rey Lear es una de las principales tragedias de William Shakespeare. La obra cuenta la historia de Lear, un rey que, al llegar al ocaso de su vida, decide dividir su reino entre sus hijas Goneril, Regan y Cordelia. Antes de hacer la división, Lear pone a sus hijas a prueba, preguntándoles cuánto lo aman. Goneril y Regan contestan que lo amaban más que a nada en el mundo y que las palabras no pueden describir tanto amor. Cordelia, la hija preferida, no contesta lo mismo. “Amo a Su Majestad como debo. No más, no menos”, dice. La respuesta indigna a Lear, quien, en su indignación, le niega a Cordelia su parte del reino y se la otorga a las otras dos hermanas. “Una extraña serás en mi alma desde hoy y por siempre”, termina diciendo el rey a Cordelia.

Goneril y Regan mintieron sobre el amor que tenían por su padre. Luego de la división, Lear se hospeda en el palacio de Goneril, pero Goneril ordena que no lo atiendan y lo priva de hombres que puedan servirlo. Ante el maltrato, Lear se marcha del palacio de Goneril y va donde Regan. Pero la situación no es distinta. Regan se niega a hospedar a su padre, y Lear termina en la indigencia, vagando sin lugar a donde ir. Algunos acontecimientos ocurren posteriormente, y Lear puede darse cuenta de que la única hija que realmente lo ha amado es Cordelia. Lear se arrepiente de su decisión de repudiar a Cordelia, pero ya es demasiado tarde. Lear muere solo, arrepentido y en la absoluta miseria.

En Lear, como en todas las tragedias de Shakespeare, la desgracia humana no es el producto de la desobediencia de una ley divina, sino de un defecto propio que genera la autodestrucción. Lear fue quien provocó su propia desgracia, y el Bufón no duda en recordárselo: “cuando tú partiste tu corona por la mitad y regalaste las dos partes, cargaste con el burro a cuestas para pasar sobre el fango. Poca mollera había en tu coronilla calva cuando te despediste de la de oro.” Leemos el terrible final del rey Lear y nos invaden las ganas de volver en el tiempo y de no permitirle dividir su reino y repudiar a Cordelia.

Casos como los de Lear nos hacen preguntarnos si es correcto que las personas decidan sobre su propio destino, o si la ley debe impedir que las personas generen su propia tragedia. ¿Debe la ley velar por los reyes Lear del mundo? ¿Debe la ley protegernos de nosotros mismos? Para el caso de los contratos, la conclusión es, a lo menos como regla general, que no. De un lado, el respeto a la libertad exige que se permita a una persona tomar decisiones sobre su propia vida, aun cuando esas decisiones vayan en su contra. Ser libres significa poder escoger, y escoger supone la posibilidad de equivocarse. De otro lado, si se permite a una parte del contrato desconocer el acuerdo porque esa parte considera que el acuerdo es perjudicial para ella, entonces se crea una situación de inseguridad que evitaría que los intercambios de bienes y servicios se produzcan. Al mínimo perjuicio la gente pediría el desconocimiento de lo contratado, y ya nadie sabría qué contrato es legalmente exigible y qué contrato no es legalmente exigible.

El criterio de la ley ecuatoriana es, en términos generales, que los contratos no deben desconocerse, aun cuando sean perjudiciales para una de las partes. Por eso el Código Civil dice que el contrato es una ley para los contratantes, y le asigna a los jueces el deber de hacer cumplir lo acordado y no el de desconocerlo (Art. 1561). Sin embargo, existen casos en los cuales la ley ecuatoriana sí busca impedir que las personas originen sus propias desgracias. Se trata de situaciones de excepción en las que la ley permite desconocer los efectos de un contrato, por considerar que una de las partes de ese contrato, no estaba en buena posición para contratar. La ley agrupa estas situaciones bajo la figura de la incapacidad para contratar.

2.1 Capacidad e incapacidad para contratar

En la ley ecuatoriana la palabra capacidad sirve para referirse a dos cosas distintas. En una primera acepción, la palabra se refiere a la facultad de adquirir derechos. Desde este punto de vista, todas las personas somos capaces. Se trata de un atributo de la personalidad, porque la aptitud para ser titular de derechos es lo que hace que una persona sea persona desde el punto de vista jurídico. A la capacidad así entendida se la llama *capacidad*

de goce. Tal vez la figura era relevante en la época en que existían esclavos. Los esclavos eran considerados cosas y no podían ser titulares de derechos, por lo que carecían de capacidad de goce. Pero, desde que la esclavitud fue abolida en el mundo civilizado, referirse a la capacidad de goce parece carecer de efectos prácticos. Si todas las personas tienen capacidad de goce, el concepto no nos sirve para diferenciar contratos protegidos por la ley y contratos no protegidos por la ley.

En una segunda acepción, la palabra capacidad se refiere a la facultad de una persona para ejercer un derecho o contraer una obligación. Aquí la palabra capacidad se emplea para significar el poder de realizar actos jurídicos válidos. Se habla de *capacidad de ejercicio*. Es en este sentido que la ley ecuatoriana dice que para contratar se necesita ser "legalmente capaz", y que "la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra" (C.C. Art. 1461). La capacidad de ejercicio, a diferencia de lo que ocurre con la capacidad de goce, sí es relevante. Todos tienen capacidad de goce, pero no todos tienen capacidad de ejercicio. Saber si una persona tiene capacidad de ejercicio, permitirá saber si el contrato celebrado por ella merece o no la protección legal. Por eso, cuando utilicemos la palabra capacidad, nos estaremos refiriendo a la capacidad ejercicio.

La regla en la ley ecuatoriana es que "toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces" (Código Civil Art. 1462). El tema de la capacidad es, realmente, el tema de la incapacidad. Determinar quién es incapaz nos sirve para saber quién es capaz. Se trata de una de las paradojas de la regulación de los contratos: sabemos lo que es bueno averiguando lo que es malo. Si la capacidad es la posibilidad de gobernarse a uno mismo, la incapacidad consiste, en cambio, en la restricción de gobernarse a uno mismo. Una persona incapaz no puede contratar legalmente y, si de hecho contrata, ese contrato puede ser desconocido.

La incapacidad se explica por la necesidad de proteger a ciertas personas que se consideran poco aptas para la contratación. Se supone que la contratación es provechosa para los contratantes, pero esa suposición se hace sobre la base de que los contratantes sean personas racionales. Si sabemos

que quien contrata no es una persona racional, entonces no hay motivos para pensar que el contrato va a ser provechoso para ella. Desconocer el contrato celebrado por un incapaz serviría para evitar que esa persona produzca su propia desgracia. Pero es importante mantener en mente que la regla que busca proteger a las personas de su propia desgracia puede ser, ella misma, la fuente de la desgracia. La incapacidad sirve para invalidar un contrato y su regulación legal será conocida por la persona con quien se contrate. Esto puede crear un desincentivo para realizar contratos. El punto es que si usted tiene la posibilidad de desconocer el contrato, la gente no va a querer contratar con usted. Así que la ley debe regular la incapacidad en medio de estas dos circunstancias: de un lado parece bueno proteger a quienes no se considera aptos para contratar, pero de otro lado parece bueno incentivar que los contratos se realicen.

La ley ecuatoriana clasifica la capacidad en absoluta y relativa. “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lenguaje de señas” (C.C. Art. 1463); y, son relativamente incapaces “los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas” (C.C. Art. 1463). La clasificación es relevante, porque los efectos legales varían en uno u otro caso. Los contratos celebrados por incapaces absolutos “no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución” (C.C. Art. 1463), y son sancionados con nulidad absoluta (C.C. Art. 1698). Los contratos celebrados por los relativamente incapaces “pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes” (C.C. Art. 1463), pero, generalmente, están sancionados con la nulidad relativa (C.C. Art. 1698).

2.2 Demencia

No es claro cuál es el concepto legal de demencia. La ley ecuatoriana nos dice que los dementes son absolutamente incapaces, pero no nos dice exactamente qué debe entenderse por demente.[2] Según la jurisprudencia

[2] Recientemente se promulgó la Ley Orgánica de Discapacidades y su respectivo Reglamento. Se trata de una ley que tiene como finalidad establecer beneficios tributarios a favor de personas con

ecuatoriana, demente es "aquella persona adulta que adolece de un grave trastorno de la mente, en virtud del cual habitualmente no puede cuidar de sí misma en forma adecuada, y que además es incapaz de administrar sus bienes con diligencia ordinaria o mediana" (Corte Suprema de Justicia, 29 de marzo de 1999, Gaceta Judicial, Serie XVI. No. 15). La doctrina sigue la misma línea. Arturo Rodríguez enseña que "demente es aquella persona que tiene las facultades mentales alteradas" (2008, p. 431); y, Larrea Holguín dice que la palabra demente "debe interpretarse, según el evidente espíritu de la legislación, como comprensivo de toda clase de defectos o enfermedades mentales que priven realmente del uso normal de la razón" (2014, p. 225). De estas definiciones se concluye que la demencia tiene que ver con una enfermedad mental que no permite administrar correctamente los bienes. Pero esto no ayuda mucho. ¿Exactamente qué tan grave debe ser el trastorno de la mente? ¿Qué tan "alteradas" deben estar las "facultades mentales"? ¿En qué consiste el "uso normal de la razón"?

Los conceptos de demencia dados por la jurisprudencia y la doctrina tienen un problema de vaguedad y un problema de definición circular. De vaguedad, porque dicen que la demencia es un trastorno de la mente o una alteración de las facultades mentales, pero no especifican qué cuenta y qué no cuenta como trastorno o como alteración. De definición circular, porque señalan que una persona no puede administrar sus bienes porque es demente y que es demente porque no puede administrar sus bienes.

En realidad, es legalmente demente la persona que un médico considere demente. No hay necesidad de buscar la definición legal de demencia ni en la jurisprudencia ni en la doctrina. Según la ley ecuatoriana, "las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los

discapacidad. En estos cuerpos legales se define a la persona con discapacidad como una persona que tiene "una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales" (Ley Orgánica de Discapacidades Art. 6) y se dice, específicamente, que una persona con demencia es un incapaz mental. Pero la discapacidad a la que se refiere estos cuerpos legales no es la demencia como incapacidad para contratar. Mientras la Ley Orgánica de Discapacidades y su Reglamento buscan otorgar un trato tributario preferencial a quienes tienen ciertas deficiencias, el Código Civil busca que se desconozca un contrato porque una de las partes no estaba en posibilidad de entender sobre qué estaba contratando.

que profesan la misma ciencia o arte" (C.C. Art. 18). Hay buenas razones para considerar que la palabra demente es una palabra técnica. Primero, la palabra demente ciertamente tiene una definición científica, y hay personas que profesan ciencias directamente relacionadas con la determinación de la demencia de una persona, como los neurólogos y los psiquiatras. Segundo, la ley ecuatoriana expresamente exige que para que un juez declare que una persona es legalmente demente debe consultar la opinión de un experto (Código Civil Art. 482). El punto es que, para saber si una persona es demente y por tanto incapaz, hay que preguntarle a un médico.

Una persona con demencia no puede contratar por sí misma, pero puede hacerlo representada por otra. El demente puede contratar a través de su tutor, si es menor de edad, o de su curador, si es mayor de edad y ha sido puesto en interdicción. Según la ley ecuatoriana, las personas que no puedan administrar sus bienes deben tener un guardador que los administre por ellas (Código Civil Art. 367). Antes de que el demente cumpla la mayoría de edad, la ley establece que el demente será representado por su padre o madre, o, en definitiva, por su tutor (Código Civil Art. 479). Después de que el demente cumpla la mayoría de edad, deberá ser puesto en interdicción y ser representado por su curador (Código Civil Art. 478).

Un punto interesante en la ley ecuatoriana es el de los efectos de la declaratoria de interdicción de un demente. Al respecto, la ley establece dos presunciones: una presunción de derecho que no admite prueba en contrario y una presunción de hecho que admite prueba en contrario. Se presume de derecho que los contratos celebrados por una persona en interdicción han sido celebrados por un demente y, por tanto, estos contratos son nulos, aun cuando hayan sido celebrados por una persona que en el momento mismo de contratar no haya sido demente. En cambio, se presume de hecho que los contratos celebrados por quien no estaba en interdicción al momento de celebrar el contrato han sido celebrados por quien no es demente y, por tanto, estos contratos se presumen válidos pero se admite la prueba en contrario (Código Civil Art. 486).

El tema fue abordado por la Corte Suprema de Justicia del Ecuador[3] en *Cadena vs. Jaramillo* (Corte Suprema de Justicia, 29 de marzo de 1999, Gaceta Judicial, Serie XVI. No. 15). Carlota Cadena era una mujer que nació con un "retardo mental entre moderado y grave" y que desarrolló a lo largo de su vida "un cuadro psicótico esquizofrénico." El 29 de septiembre de 1980, Carlota Cadena suscribió con su sobrino, Luis Jaramillo, una escritura pública que contenía un contrato por medio del cual ella le vendía un inmueble. Casi seis años después de la celebración de ese contrato de compraventa, 18 de julio de 1986, Carlota Cadena fue declarada judicialmente en interdicción y se nombró a su hija, Carmen Cadena, como su curadora. Carmen Cadena, en representación de Carlota Cadena, demandó la nulidad del contrato celebrado el 29 de septiembre de 1980, sobre la base de que su madre, la vendedora, era demente. Luis Jaramillo, el demandado, argumentó que no cabía declarar la nulidad porque Carlota Cadena no había sido declarada en interdicción al momento en que se había celebrado el contrato.

El razonamiento de Jaramillo era que una persona sólo es demente si ha sido judicialmente declarada en interdicción. En la lógica del demandado, si no hubo declaratoria judicial de interdicción, no hubo demencia ni, por tanto, incapacidad. La Corte Suprema de Justicia no estuvo de acuerdo con el demandado. La corte concluyó que, debido a que el informe médico estableció que Carlota Cadena nació con retraso mental entre moderado y grave, se había probado que a la época del contrato Carlota Cadena era demente. El hecho de que la interdicción haya ocurrido después de la celebración del contrato no significaba que Carlota Cadena no haya sido demente antes. El punto es que la demencia es una condición física que no depende de la declaratoria de interdicción.

2.3 Demencia transitoria

La ley ecuatoriana establece que los contratos celebrados por una persona que no está bajo interdicción serán nulos si se prueba "que el que los ejecutó

[3] El nombre de la Corte Nacional de Justicia era, antes de la Constitución de 2008, *Corte Suprema de Justicia*. Este caso fue conocido en 1999, por lo que el nombre era, al momento de la sentencia, Corte Suprema de Justicia.

o celebró estaba entonces demente" (Código Civil Art. 486). Las palabras "entonces demente" utilizadas por la ley plantean el problema de la demencia transitoria. Una pregunta controversial se refiere a saber si las personas que contratan intoxicadas por alcohol o por drogas son, al menos en ese momento, dementes y, por lo tanto, incapaces para contratar.

En *Lucy* vs. *Zehmer*, un caso fallado por la Corte Suprema de Virginia, Estados Unidos, en 1954, se exploró el punto. Zehmer y su esposa eran dueños de un terreno de 47,8 hectáreas. Lucy, que conocía a los esposos Zehmer hace varios años, les había expresado en reiteradas ocasiones su deseo de comprarles el terreno. El 20 de diciembre de 1952, Lucy entró a un bar en donde se encontraban Zehmer y su esposa. Lucy y Zehmer bebieron una considerable cantidad de alcohol y empezaron a discutir sobre la venta del terreno. Al calor de los tragos, Zehmer y Lucy acordaron la venta del terreno. Tiempo después de celebrado el contrato, Lucy escribió una carta a Zehmer preguntándole por la fecha en la que le entregaría el terreno y recibiría el dinero. Zehmer respondió que nunca había tenido la intención de vender, pues estaba muy borracho para poder haber realizado una venta. La Corte Suprema de Virginia observó que en el juicio se había probado que Zehmer no había estado intoxicado, al punto de no comprender la naturaleza y las consecuencias del acuerdo y, en consecuencia, llegó a la conclusión de que sí había habido contrato. El punto que merece destacarse es que si una persona está bajo los efectos del alcohol, pero puede comprender lo que está haciendo, es una persona capaz para contratar. Por el contrario, si una persona está intoxicada con alcohol al extremo en que no comprende lo que está haciendo, es una persona incapaz de contratar.

La cuestión es debatible en el Derecho ecuatoriano. Algunos autores opinan que la persona en estado de ebriedad no debe equipararse al demente. Así, por ejemplo, Arturo Alessandri Rodríguez sostiene que la demencia a la que se refiere la ley "tiene ciertos caracteres de permanencia y duración; por tanto, no es posible considerar como ´demente´ al que obra intoxicado por alcohol o por alguna droga", para concluir que estos casos se caracterizan por "faltar la manifestación de voluntad o consentimiento" (2011, pp. 438-439).

Hay otros autores que opinan lo contrario. En criterio de Luis Claro Solar, la palabra demente "no sólo comprende las diferentes formas en que la demencia puede presentarse sino todos aquellos casos en que la persona, por cualquier causa, se halle privada, aun momentáneamente, de razón", una persona en estado de ebriedad "carece de inteligencia y de voluntad, y es, por lo mismo, incapaz de consentir" (2013, p. 30). En Cadena vs. Jaramillo, la Corte Suprema de Justicia sostuvo, en *obiter dicta*, que en la expresión demente, utilizada por la ley ecuatoriana, no se encuentran comprendidas las personas en estado de ebriedad, pues "en este evento, no existe en esas personas falta de capacidad legal para obligarse por sí mismas", sino que "lo que existe es una falta transitoria de conciencia y voluntad".

Parece que hay buenas razones para opinar que la persona que contrata en estado de ebriedad debe equiparse al demente. En primer lugar, los fundamentos para declarar la nulidad por demencia son los mismos que habría para declarar la nulidad del contrato celebrado por una persona en estado de ebriedad. La persona intoxicada por alcohol, mientras está intoxicada, tiene deficiencias en las funciones cognitivas de la misma forma que un demente (Paterson et al, Journal of Studies on Alcohol, Vol. 51, No. 2, 1990). En segundo lugar, se puede concluir que el ebrio debe equipararse al demente por una interpretación a *contrario sensu* del artículo 2218 del Código Civil. Según este artículo, el ebrio "es responsable del daño causado por su delito o cuasidelito". Si el legislador hubiese querido que la situación del ebrio no se equipare con la del demente en materia contractual, lo hubiese dicho expresamente como lo hizo en materia de delitos y cuasidelitos civiles.

Se podría argumentar que existe una diferencia entre un demente, por un lado, y un ebrio, por otro. El demente tiene una limitación en sus facultades cognitivas como consecuencia de una enfermedad o de una condición física, mientras que el ebrio limitó sus facultades cognitivas voluntariamente al decidir intoxicarse con alcohol. En el primer caso no habría culpa, mientras que en el segundo sí. Pero este no es un buen argumento. Lo que se busca con la incapacidad es desconocer los efectos de un contrato y no castigar a una de las partes del contrato. El contrato celebrado por una persona en estado de ebriedad debe anularse por haber sido celebrado por quien, como el demente,

está limitado en el uso de sus facultades cognitivas superiores y no puede determinar lo que más conviene a sus propios intereses. La anulación del contrato no funciona como reproche a la actuación de una de las partes del contrato.

Para el caso de la persona que actúa bajo la influencia de las drogas, la cuestión no parece poder resolverse en abstracto. Hay muchos tipos de drogas y cada una provoca un efecto distinto en la mente. Utilizando el mismo razonamiento que utilizamos para el caso del alcohol, la cuestión debería resolverse analizando los efectos específicos que la droga produjo en la persona que contrató. Si la droga consumida produjo un deterioro grave en las funciones cognitivas al momento de celebrar el contrato, entonces el contrato debe desconocerse por haber sido celebrado por una persona que era entonces demente.

2.4 Menores de edad

La ley ecuatoriana establece que los menores de edad son incapaces para contratar. Se trata de una presunción de derecho de que la mayoría de edad permite discriminar entre un contrato provechoso y uno perjudicial. Se presupone que los menores de edad no pueden identificar un contrato perjudicial y, por lo tanto, la ley debe impedir que celebren contratos que puedan perjudicarlos.

Es una regla que se apoya en razones morales y económicas. Morales, porque es injusto permitir que un adulto, que está en situación de darse cuenta qué acuerdo es beneficioso y cuál no, tome ventaja de un menor, que no puede entender completamente lo que es mejor para él. Económicas, porque los menores no están en posibilidad de asignar un correcto valor a los bienes y servicios que intercambian y, por lo tanto, los contratos que celebren no mejoran el bienestar general.

A diferencia de lo que ocurre con la demencia, la minoría de edad se establece con una regla sencilla que no depende del diagnóstico de un perito. La ley señala la edad de 18 años. Todo el que haya cumplido 18 años es mayor de edad y, por lo tanto, capaz. Todo el que no haya cumplido 18 años es menor de edad y, por tanto, incapaz. Una regla sencilla y fácil de aplicar.

La ley no equipara a todos los menores de 18 años, sino que distingue, para efectos del tipo de incapacidad para contratar, entre impúberes y menores adultos. Según el Código Civil, son incapaces absolutos "los impúberes" (Art. 1461). El mismo Código Civil señala que es infante o niño "el que no ha cumplido siete años" y que es impúber "el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce" (Art. 21). Por su parte, el Código de la Niñez y Adolescencia, vigente desde el 3 de enero de 2003, tiene una nueva definición de niño. Según este código "niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad" (Código de la Niñez y Adolescencia Art. 4).

La definición del Código de la Niñez y Adolescencia crea una dificultad en la interpretación de la palabra impúber utilizada por el Código Civil. Una posible forma de interpretación sería aplicando el principio de jerarquía legal, según el cual "[e]n el juzgamiento sobre materias arregladas por leyes orgánicas o especiales, no se aplicarán las disposiciones de este Código, sino a falta de esas leyes" (Código Civil Art. 4). Por lo que la definición del Código de la Niñez y Adolescencia debe prevalecer sobre el Código Civil. Pero otra posible interpretación es que, en aplicación de un principio de especialidad, las definiciones del Código de la Niñez y Adolescencia se aplican sólo a lo regulado por ese cuerpo legal, y las definiciones del Código Civil se aplican a lo regulado en el Código Civil. Así que estamos seguros de que es impúber la mujer menor de 12 años y el varón menor de 12 años, pero nos queda la duda de si el varón menor de 14 años es también impúber.

La determinación de si una persona es impúber es relevante porque las personas impúberes son absolutamente incapaces para contratar. Esto tiene, a su vez, al menos dos efectos prácticos. El primero es que los incapaces absolutos sólo pueden contratar a través de su representante legal. Si contratan directamente, aunque sea que hayan estado autorizados para contratar, el contrato no será protegido por la ley. El segundo efecto práctico es que la incapacidad absoluta es causal de nulidad absoluta. Esto último conlleva una serie de consecuencias a las que nos referiremos más adelante, y que tienen que ver con la persona que puede alegar la nulidad, la posibilidad de ratificar la nulidad y el tiempo de prescripción de la acción para solicitar la nulidad.

Los menores adultos son otro grupo de incapaces. Según el Código Civil, son menores adultos los que no siendo impúberes no han cumplidos dieciocho años (Art. 21). Siguiendo lo dicho a propósito de la definición de niño del Código de la Niñez y Adolescencia, nos queda claro que la mujer mayor de 12 y menor de 18 años es menor adulto. También nos queda claro que el varón mayor de 14 y menor de 18 años es menor adulto. Pero, en cambio, nos queda la duda de si el varón menor de 14 y mayor a 12 es menor adulto.

De nuevo, la determinación de si una persona es menor adulta es importante. Los menores adultos son incapaces relativos. Esto implica que, además de poder contratar a través de su representante legal, puede contratar directamente con la autorización de su representante legal. Esta autorización se presume para los actos ordinarios de administración de los bienes del menor adulto pero, en todo caso, habrá responsabilidad del representante (Código Civil Art. 461).[4] Que los menores adultos sean incapaces relativos también implica que si contratan directamente y sin autorización, el contrato celebrado adolezca de nulidad relativa, y no de nulidad absoluta.

2.5 Persona sorda que no pueda darse a entender

Según la ley ecuatoriana es incapaz absoluto "la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas" (Código Civil Art. 1463).[5] El sordo que no pueda darse a entender debe, al

[4] Hay casos en los que el menor tiene capacidad para actuar válidamente por sí solo, inclusive sin esa autorización: los menores adultos pueden otorgar testamento sin la autorización de su representantes; pueden realizar actos de familia; pueden adquirir la posesión de bienes muebles; pueden contraer matrimonio manifestando su voluntad personalmente; pueden administrar personalmente su patrimonio profesional, esto es, los bienes que ha adquirido como consecuencia de su trabajo, por los bienes que adquiera con los dineros provenientes de su trabajo, y por los frutos que provengan de todos esos bienes. Y hay ciertos casos en los que la ley exige requisitos especiales como que la justicia ordinaria autorice el acto o contrato, como en la enajenación y gravamen de bienes raíces y derechos hereditarios del menor adulto; la donación de bienes del menor; la aceptación o repudiación de una asignación hecha al menor; la partición de bienes; las estipulaciones contenidas en las capitulaciones matrimoniales; y, la autorización judicial exigida respecto de actos que interesan al menor sometido a curaduría general.

[5] Hasta antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Discapacidades, el Código Civil se refería al "sordomudo que no pueda darse a entender por escrito." La Ley Orgánica de Discapacidades estableció, entre sus

igual que el demente habitual, ser puesto en interdicción. Pero, también al igual que el demente habitual, la interdicción no vuelve a la persona incapaz. El sordo que no pueda darse a entender será incapaz y el contrato que celebre deberá ser desconocido por el hecho de serlo, aunque al tiempo de celebrar el contrato no esté en interdicción.

2.6 Otros interdictos

Según la ley ecuatoriana son incapaces relativos "los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes" (Código Civil Art. 1463). Pueden ser puestos en interdicción el disipador (Código Civil Art. 463), el ebrio consuetudinario (Código Civil Art. 477), el toxicómano (Código Civil Art. 477), el demente (Código Civil Art. 478) y la persona sorda que no pueda darse a entender (Código Civil Art. 490). El demente y la persona sorda que no pueda darse a entender son incapaces absolutos. Por tanto, cuando el Código Civil se refiere a "los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes" como incapaces relativos, no se está refiriendo ni al demente ni a la persona sorda que no pueda darse a entender, sino solamente a los disipadores, los ebrios consuetudinarios y los toxicómanos puestos en interdicción.

La ley ecuatoriana no define al disipador, sino que se limita a decir que la disipación "deberá ser probada por hechos repetidos de dilapidación", y señala que son ejemplos de disipación "el juego habitual en que se arriesguen porciones considerables del patrimonio, donaciones cuantiosas sin causa adecuada, gastos ruinosos" (Código Civil Art. 466). La determinación de si una persona es disipadora es una cuestión esencialmente relativa. Calificar a alguien como disipador depende de la frecuencia y del monto de sus gastos, pero también de la utilidad de la acción, de las probabilidades de retorno y del porcentaje que esos gastos representen en el patrimonio del disipador.

La ley señala que el disipador debe ser puesto en interdicción (Código Civil Art. 463). A diferencia de lo que ocurre con el demente y con el sordo que no puede darse a entender, el disipador no es incapaz antes de ser puesto en

---

Disposiciones Reformatorias y Derogatorias, remplazar la frase del artículo 1463 del Código Civil por "persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas."

interdicción. Una vez declarada la interdicción, al disipador debe dársele un curador para que lo represente y lo autorice a actuar por sí mismo (Código Civil Art. 463). Además, el disipador que está bajo interdicción conserva su libertad y tiene derecho a una suma de dinero para que la administre libremente (Código Civil Art. 474). El disipador sometido a interdicción puede ser rehabilitado si cesan las causas de la interdicción y, asimismo, puede ser vuelto a poner en interdicción si las causas reaparecen (Código Civil Art. 475).

Por otro lado, dice la ley ecuatoriana que el ebrio consuetudinario y el toxicómano son también incapaces si han sido declarados en interdicción, siguiéndose, para el caso, las mismas reglas que las del disipador (Código Civil Art. 477).[6]

Hay una forma de armonizar lo dicho con respecto a la demencia transitoria de quienes contratan bajo estado de ebriedad y quienes contratan estando en interdicción por ser ebrios consuetudinarios. Si una persona celebra un contrato en estado de ebriedad, es considerada demente, y el contrato es nulo de nulidad absoluta. En cambio, si un ebrio consuetudinario que ha sido declarado en interdicción celebra un contrato sin estar en estado de ebriedad sería un incapaz relativo, y el contrato es nulo de nulidad relativa.

2.7 Personas jurídicas

La ley ecuatoriana define a la persona jurídica diciendo que es "una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente" (Código Civil Art. 564). Y, luego, la misma ley señala que las personas jurídicas son incapaces (Código Civil Art. 1463). Aunque se trata de una discusión poco interesante y poco útil, parece que hay un pequeño rompecabezas aquí. ¿Cómo la persona jurídica es capaz pero incapaz? Nadie duda que una persona jurídica pueda ser parte en un contrato, y que para hacerlo debe contratar por medio de un representante

[6] En este punto, el Código Civil ecuatoriano tiene de novedoso en comparación con el Código Civil chileno. Como anota el ecuatoriano Juan Larrea Holguín: "nada disponía el Código original sobre esta materia, y fue un Decreto Legislativo del 24 de agosto de 1890, publicado en el Diario Oficial del 9 de septiembre de 1890, el que introdujo la curaduría, y la correspondiente interdicción del ebrio consuetudinario" (2014, p. 222).

legal, pero no se entiende por qué la ley dice, de un lado, que la persona es capaz de ejercer derechos y, por otro lado, que no es capaz. Una posible explicación puede encontrarse en que la persona jurídica es una ficción, no existe en la realidad, es sólo una creación de la ley. Cuando se dice que es capaz se hace énfasis en que legalmente puede ser parte de un contrato, y cuando se dice que es incapaz se hace énfasis en que, por ser una ficción, carece de aptitud para producir un acto voluntario y debe hacerlo a través de un representante. Así, las personas jurídicas son incapaces en cuanto a que, para contratar, necesitan hacerlo a través de un representante legal.

2.8 Incapacidades particulares

Dice la ley ecuatoriana que "además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos" (Código Civil Art. 1463). Se trata de las incapacidades particulares.

La ley puede prohibir que un determinado contrato se celebre. Se trataría, entonces, de una prohibición absoluta. Si es este el caso, si hay un contrato prohibido que se celebra, más que incapacidad, estaríamos frente a un contrato con objeto ilícito. Es el caso de la compraventa entre cónyuges, que está expresamente prohibida por la ley ecuatoriana (Código Civil Art. 1735). Goneril celebra un contrato de venta con su cónyuge, el Duque de Albany. No es que Goneril sea incapaz, sino que ese contrato está prohibido. La sanción sería la nulidad absoluta por objeto ilícito, y no por incapacidad.

La prohibición impuesta por la ley puede ser menos drástica, no prohibiendo que se celebre el contrato de forma absoluta, sino estableciendo ciertos requisitos para su celebración relativos a las partes que contratan. En estos casos, la celebración del contrato sin los requisitos sería una omisión de un requisito exigido en consideración de la persona y, por tanto, la sanción sería la nulidad relativa. Es el caso de la compra realizada por el mandatario. Por regla general, al mandatario se le prohíbe comprar lo que se le ha mandado vender, pero se permite que lo haga si cuenta con la autorización del mandante (Código Civil, Art. 2048). Así, si Goneril le pide a su mandatario Osvaldo que venda su palacio y Osvaldo lo compra sin autorización expresa, tal contrato sería nulo de nulidad relativa, por haber omitido un requisito exigido por la ley en consideración a la persona.

3. Consentimiento

Hay dos grandes justificaciones a la protección legal de los contratos. Una primera justificación, que es una justificación moral o de principio, es el respeto a la autonomía individual. Una persona es autónoma en la medida en que puede formarse un criterio propio de lo que es bueno y perseguir esa concepción personal del bien. Así, por ejemplo, Desdémona es autónoma si puede decidir que Otelo es el hombre con quien quiere casarse y puede aceptar su propuesta de matrimonio. Desdémona no es autónoma si, por ejemplo, su padre, Brabancio, tiene el poder de imponerle la persona con la que debe casarse o puede prohibirle casarse con Otelo. La protección legal de los acuerdos se justifica porque el acuerdo es la consecuencia de que una persona se forme un criterio de lo que quiere y lo materialice acordándolo con otro.

Una segunda forma de justificar la protección legal de los acuerdos es la promoción de la eficiencia económica. Los acuerdos generan intercambios, y los intercambios trasladan los bienes y los servicios de un uso menos valioso a un uso más valioso. Si, por ejemplo, Emilia tiene un pañuelo que ella valora en USD 1 y que Yago valora en USD 10, lo eficiente es que Emilia y Yago lleguen a un acuerdo en virtud del cual ella le entregue el pañuelo a él, y él le pague a ella una suma de dinero mayor a USD 1 y menor a USD 10. El acuerdo de vender el pañuelo genera eficiencia porque hace que el pañuelo se asigne de un uso menos valioso, que es el que le da Emilia, a un uso más valioso, que es el que le da Yago. La ley debe proteger los acuerdos porque al hacerlo promueve la correcta asignación de los recursos.

Ni el respeto a la autonomía personal, ni la promoción de la eficiencia económica, justifican que todos los acuerdos tengan protección legal. De hecho, el respeto a la autonomía y la búsqueda de una eficiente asignación de recursos sirve para entender por qué ciertos acuerdos no deben ser legalmente protegidos. Hemos visto que si el acuerdo es hecho por una persona que no tiene capacidad, lo más seguro es que no sea un acuerdo que busque el propio bien de quien lo celebra, ni que asigne el bien o el servicio a un uso más valioso. Los incapaces no son personas racionales ante los ojos de la ley y, por lo tanto, sus acuerdos ni protegen la autonomía personal, ni promueven la eficiencia.

Lo dicho con respecto de los incapaces puede decirse de los acuerdos que no son el resultado del consentimiento libre e informado de las partes. Los acuerdos hechos sin información crucial o bajo coacción no reflejan una voluntad totalmente desarrollada de quienes acuerdan y, por lo tanto, no deben ser considerados contratos legalmente protegidos. De un lado, unos acuerdos en dónde falta un nivel mínimo de información y de libertad no protegen la autonomía personal porque la falta de información o la coacción impiden la correcta formación del criterio personal. De otro lado, los acuerdos realizados sin información crucial o bajo coacción nos dan pocas razones para pensar que la situación de los bienes y servicios va a pasar de un uso menos valioso a un uso más valioso. Si Brabancio somete a Desdémona y le impone casarse con el Duque de Venecia, ese matrimonio no es una forma de proteger la autonomía de Desdémona. Si Emilia desconoce el material del que está hecho el pañuelo, el acuerdo por el cual le entrega el pañuelo a Yago, no necesariamente supone que los recursos fueron eficientemente asignados.

El Derecho de contratos tiene la tarea de separar los acuerdos que merecen protección legal de aquellos que no merecen esa protección legal. Uno de los retos para lograr esta tarea es definir los requisitos del consentimiento de los contratos. Lo que se busca, con el objetivo de proteger la autonomía personal y promover la eficiencia económica, es que los acuerdos sean hechos con información crucial y sin coacción. La ley ecuatoriana establece que “para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: (…) que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio” (C.C. Art. 1461), y que “los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo” (C.C. Art. 1467).

En este capítulo empezaremos por referirnos a la formación del consentimiento y luego nos referiremos al error, la fuerza y el dolo, que son las doctrinas legales específicamente diseñadas para asegurar que los contratos sean el resultado de un consentimiento informado y sin coacción.

3.1 Oferta y aceptación

El contrato es un acuerdo de voluntades que genera obligaciones. Por ser acuerdo, el contrato es siempre el resultado de un proceso que consiste en una oferta y una aceptación. En otras palabras, para que haya contrato una persona debió haber propuesto que se generen obligaciones y otra persona debió haber aceptado.

Oferta es la propuesta de llegar a un acuerdo que contiene los términos básicos del acuerdo. Yago hace una oferta cuando dice algo como: "te pago cinco dólares si me das ese pañuelo que tienes en la mano, ¿estás de acuerdo?" Yago propone un acuerdo que contiene los elementos básicos de todo acuerdo sobre la venta de una cosa, que son la cosa que ha de venderse y el precio que va a pagarse. Si la propuesta no contiene los elementos básicos del acuerdo, como si, en el ejemplo, Yago sólo dijera: "¿me vendes un pañuelo?", sin proponer un precio, no hay oferta. Se tratará de una simple pregunta o de una invitación a empezar negociaciones, pero no de una oferta para perfeccionar un contrato.

La oferta puede ser expresa o tácita. Habrá oferta expresa cuando la propuesta de llegar a un acuerdo se haga utilizando lenguaje verbal o escrito. Yago hace una oferta expresa o cuando verbalmente manifiesta su propuesta o cuando envía una carta proponiendo los términos de un contrato. La distinción entre la oferta expresa verbal o escrita es relevante. La oferta verbal "debe ser aceptada inmediatamente" o no hay acuerdo (Código de Comercio Art. 141); mientras que la oferta escrita "debe ser aceptada o desechada dentro de veinticuatro horas" o no hay acuerdo (Código de Comercio Art. 142). Si Yago hace su oferta de forma verbal a Emilia, Emilia debe responder en ese mismo momento o no hay acuerdo. En cambio, si Yago envía una carta a Emilia proponiéndole celebrar un contrato, Emilia tiene veinticuatro horas para aceptar.

Hay oferta tácita cuando la propuesta no se hace a través del lenguaje, sino a través de un comportamiento que revela la intención de llegar a un acuerdo. La situación es bastante frecuente. Si Emilia fuese una comerciante dedicada a la venta de telas y de prendas de vestir, y en su local comercial exhibiera

un pañuelo con un pequeño cartel que indica que el precio es cinco dólares, habrá una oferta tácita. Aunque no se utilizó el lenguaje, porque Emilia no dijo, ni verbalmente ni por escrito, que estaba vendiendo el pañuelo, se entiende que el comportamiento de ubicar un pañuelo, con su precio, en un local en donde se venden pañuelos es una propuesta de celebrar un contrato. Es el comportamiento, y no el lenguaje, lo que constituye la oferta.

Independientemente de que la oferta sea expresa o tácita, la regla es que la persona que realiza la oferta es dueña de los efectos legales de su propuesta. Esto tiene tres consecuencias principales. Primero, en el tiempo que media entre la oferta y la aceptación, el oferente puede retractarse libremente de la oferta (Código de Comercio Art. 143). Segundo, en caso de muerte o incapacidad del oferente, la oferta se entiende caducada (Código de Comercio Art. 145). Tercero, quien realizó la oferta puede incluir reservas a su antojo, como el establecimiento de un plazo. Pero, una vez que la oferta ha sido aceptada, el acuerdo se perfecciona. Esto significa que el oferente no podrá retirar la oferta, su muerte no extingue la oferta sino que, por regla general, las obligaciones y derechos del contrato se traspasan a los herederos, y el oferente no podrá añadir reservas a la oferta.

Aceptación es la adhesión a la oferta. Para que la aceptación sirva para perfeccionar el contrato debe ser pura y simple. El receptor de la oferta sólo puede adherirse a la oferta tal y como fue propuesta, sin hacer ninguna modificación. Si el receptor de la oferta añade algún término o condición, se produce una contra-oferta que deberá ser aceptada por quien realizó la primera oferta. Para que haya aceptación por parte de Emilia, esta debió haber dicho algo como “está bien, te vendo este pañuelo por cinco dólares”. Si Emilia contesta que está de acuerdo con la venta pero sólo a un precio de seis dólares o que no está vendiendo el pañuelo pero, sí una camiseta, entonces no hay aceptación sino una contra-oferta que deberá ser, a su vez, aceptada por Yago.

Además de pura y simple, la aceptación debe ser oportuna. Esto significa que la aceptación debe hacerse temporáneamente, mientras la oferta está vigente. El tiempo de vigencia de la oferta varía. Una primera opción, es que el propio oferente haya establecido el tiempo de vigencia. Yago le pudo haber

dicho a Emilia: "estoy dispuesto a comprarte ese pañuelo por cinco dólares; tienes hasta el viernes para decidir." En este caso, Emilia puede aceptar desde el momento en que Yago hizo la oferta hasta el viernes; y, por su parte, Yago no puede retirar la oferta hasta que no llegue el viernes sin que Emilia haya aceptado (Código de Comercio Art. 143). Una segunda opción es que el oferente no haya dicho nada en cuanto al tiempo de vigencia de la oferta. En este caso, según vimos, se distingue entre la oferta verbal, que deberá ser aceptada inmediatamente, y la oferta escrita, que deberá ser aceptada en veinticuatro horas.

Excepcionalmente, hay ocasiones en las cuales la aceptación se produce no con una declaración, sino con el silencio. Esto ocurre en tres casos. Primero, si la ley expresamente establece que el silencio se tendrá por aceptación. Así, por ejemplo, la ley ecuatoriana dice que "las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos" tienen la obligación de declarar lo antes posible si aceptan un mandato "y transcurrido un término razonable, el silencio de aquellas se tendrá por aceptación" (C.C. Art. 2029). Segundo, si de las circunstancias se sigue de forma inequívoca que las partes han entendido que el silencio equivale a aceptación. Esto ocurrirá, por ejemplo, si las partes tienen relaciones comerciales desde hace mucho tiempo y han venido cumpliendo acuerdos que se perfeccionaron con ofertas sin aceptaciones declaradas. Tercero, el silencio se tendrá por aceptación si las partes lo han convenido así expresamente. Se daría este caso, por ejemplo, si se redacta una cláusula en la que se diga que, ante el silencio de cualquiera de las partes, el contrato se prorrogará por un nuevo periodo de tiempo.

Realizada la oferta y producida la aceptación, la ley ecuatoriana reconoce la formación de un contrato, sin la necesidad de una formalidad adicional. Cualquiera sea la forma que las partes utilicen para expresar que han llegado a un acuerdo bastará: un intercambio de palabras, un apretón de manos, un gesto corporal, serán, en principio, suficientes. Por eso se dice que los contratos son por regla general *consensuales*, porque se perfeccionan por el consentimiento, "por el simple acuerdo de quienes contratan" (C.C. Art. 1459). Excepcionalmente, la ley ecuatoriana exige para el perfeccionamiento de los contratos que ocurra algo más que la oferta y la aceptación. Un primer grupo

de casos está constituido por los contratos que se entienden realizados sólo cuando la cosa sobre la que se ha contratado es entregada. Es el caso del contrato de préstamo de una cosa consumible, para el que la ley ecuatoriana exige que se haga la entrega de la cosa prestada (C.C. Art. 2100) o del contrato de depósito que "se perfecciona por la entrega que el depositante hace de la cosa al depositario (C.C., Art. 2117). Este grupo de casos está conformado por los *contratos reales*, que son "aquellos que se perfeccionan por la entrega de la cosa a la que se refieren" (C.C. Art. 1459). El segundo grupo de casos está constituido por contratos que se perfeccionan con alguna solemnidad. Es el caso, entre otros, del contrato de compraventa de inmuebles, para el que se pide que la voluntad de contratar sea manifestada en un documento otorgado y firmado ante notario público (C.C. Art. 1740). El acuerdo sobre el inmueble y el precio no bastan, sino que es necesario que se otorgue escritura pública. Se trata de los *contratos solemnes*, que la ley ecuatoriana define como "aquellos que se perfeccionan por la observancia de ciertas formalidades" (C.C. Art. 1459).

3.2 Error

El error es el primer vicio del consentimiento al que se refiere la ley ecuatoriana. El error consiste en creer verdadera información que es falsa. Hay error en Otelo cuando cree que Desdémona le es infiel con Casio porque, en realidad, Desdémona no le es infiel con Casio. Hay error en Yago al creer que su esposa Emilia no le es infiel con Otelo si, en realidad, sí le es infiel con Otelo. En materia contractual hay error cuando una parte del contrato ha dado su consentimiento sobre la base de información equivocada. Hay error en materia contractual si Yago le compra un pañuelo a Emilia en la creencia de que el pañuelo perteneció a una gitana y tiene poderes mágicos si, en realidad, el pañuelo ni perteneció a una gitana ni tiene poderes mágicos.

Con respecto al error en materia contractual, la ley se mueve entre dos extremos. De un lado, existen buenas razones para permitir que se desconozca un contrato celebrado sobre la base de información falsa. La protección legal del contrato supone que las partes han contratado porque

creen que el contrato generará un beneficio. Si una de las partes contrató en base a la creencia de información falsa, no hay razón para pensar que se generará un beneficio ni para que la ley proteja al contrato. Pero, de otro lado, existen buenas razones para no permitir que un contrato celebrado por error se desconozca. Si una de las partes del contrato puede invocar error y pedir que el contrato se desconozca cada vez que cree que el contrato no le es beneficioso, siempre lo hará. La posibilidad indiscriminada de desconocer un contrato crearía inseguridad, y la inseguridad desalienta que los contratos se perfeccionen. Moviéndose entre estos dos extremos, la necesidad de proteger a quien obró sin información y la necesidad de brindar seguridad jurídica a los contratantes, la ley ecuatoriana establece que para que el consentimiento se vicie y se permita desconocer el contrato, el error debe ser de hecho y dirimente.

Hay error de hecho cuando la equivocación recae en aquello sobre lo que se contrata o en la persona con quien se contrata. Hay error de derecho cuando la equivocación recae en el contenido, en el alcance o en la vigencia de la ley que regula el contrato. Hay error de hecho, por ejemplo, si Yago contrata con Blanca pensando que está contratando con Emilia. Hay error de derecho, en cambio, si Yago sabe que Emilia tiene 17 años y contrata con ella porque cree que la mayoría de edad se alcanza a los 16 cuando, según la ley aplicable al contrato, se alcanza a los 18 años. Según la ley ecuatoriana "el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento" (C.C. Art. 1468). La regla es una consecuencia necesaria de que "la ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna" (C.C. Art. 13). Por lo tanto, el primer requisito para que el error vicie el consentimiento es que sea de hecho y no de derecho.[7]

[7] Con todo, vale anotar que la regla de que el error de derecho no vicia el consentimiento tiene una excepción. Dice el artículo 2197 del Código Civil que "se podrá repetir, aun lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aún una obligación puramente natural." Así, la ley ecuatoriana parece reconocer que, con respecto al pago de lo no debido, el error de derecho sí vicia el consentimiento. Se ha querido ver en esta disposición una aplicación de un principio general. Según este principio general, aplicable al caso del pago de lo no debido pero también a cualquier caso de error de derecho, el error de derecho no vicia el consentimiento cuando se invoca para desconocer una obligación, pero sí cuando lo que se busca es evitar un perjuicio. Las razones para pasar de la regla

Hay error dirimente, si una parte consiente en celebrar un contrato porque tiene información falsa sobre algún hecho que es determinante para la celebración del contrato, al punto en que, si hubiese tenido información verdadera sobre ese hecho, o no hubiese contratado o hubiese contratado en términos muy distintos. Por supuesto, es imposible que una persona tenga toda la información existente sobre el contenido del contrato y sobre la persona con quien contrata. El que compra una vaca no puede saber exactamente qué ha comido la vaca durante su vida, cuáles son las enfermedades a la que es más propensa, o cuántos años más vivirá. Si cualquier falta de información permitiera desconocer un contrato, no habría contrato legalmente protegido. El requisito de que el error sea dirimente permite distinguir aquella información que es relevante de aquella que no lo es.

Tradicionalmente, los autores clasifican al error dirimente en error obstativo y error sustancial (Pothier, 1764/2007). Hay error obstativo cuando la equivocación recae "sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra", o cuando recae "sobre la identidad de la cosa específica de que se trata" (C.C. Art. 1469). Los autores estilan recalcar que este es un error especialmente grave, que evita que se forme el consentimiento y, por tanto, impide que el contrato se forme. En este sentido se ha dicho que "si alguien entiende venderme una cosa, y yo creo recibirla a título de préstamo o por donación, en ese caso no hay, ni venta, ni préstamo, ni donación (…) no hay consentimiento" (Pothier, 1764/2007). Por eso lo llaman error-obstáculo o error obstativo.

Un ejemplo de error obstativo es el famoso caso de *Raffles* vs. *Wichelhaus*, fallado en Inglaterra en 1864. Raffles y Wichelhaus celebraron un contrato de venta por el cual Raffles se obligaba a entregar 125 pacas de algodón, y Wichelhaus se obligaba a pagar por ellas un precio de USD 17.25 por libra. En el contrato se especificó que el algodón llegaría en un barco llamado *Peerles*, proveniente de Bombay. Pero sucedió que existían dos barcos Peerles provenientes de Bombay. Uno, el que tenía en mente Wichelhaus, salía en octubre. El otro, el que tenía en mente Raffles, salía en diciembre.

del artículo 2197, referente al pago de lo no debido, a una regla de aplicación general, permanecen, al menos para mí, en lo oscuro y desconocido.

Cuando el barco que salía en diciembre llegó, Raffles llamó a Wichelhaus para que cumpliera su parte del contrato y le comprase el algodón. Wichelhaus se negó a comprar, argumentando que él creía que estaba comprando algodón del barco Peerles que salía de Bombay en octubre, y no del que salía en diciembre. Raffles demandó a Wichelhaus el cumplimiento del contrato de venta de algodón. Los jueces que conocieron el caso se esforzaron por encontrar una lectura del contrato que permitiese concluir que las partes estaban pensando en uno de los dos barcos Peerles. Pero el esfuerzo fue inútil. Según los jueces, había en el contrato una "ambigüedad latente", pues ningún elemento del acuerdo entre Raffles y Wichelhaus permitía concluir que las partes se estaban refiriendo a uno de los barcos Peerles y no al otro. Los jueces resolvieron desechar la demanda de Wichelhaus, porque concluyeron que entre los contratantes había habido un mutuo error con respecto a lo que se estaba contratando. Según los jueces, un error mutuo sobre la identidad de la cosa contratada, en este caso el algodón, hizo que nunca hubiese contrato.

En realidad, la ley ecuatoriana parece desconocer la categoría de error obstativo. La ley señala que el error que recae sobre la especie de contrato o sobre la identidad de la cosa vicia el consentimiento, no que impide que el consentimiento se forme. El contrato sí se perfecciona porque las declaraciones de las partes coinciden, pero el consentimiento está viciado porque hay una discrepancia entre lo querido y lo declarado. Si hubiese sido un juez ecuatoriano el que resolviera los hechos de Raffles vs. Wilchehaus,tal vez la sentencia hubiese consistido en anular un contrato y no en declarar que el contrato nunca se formó.

El segundo caso de error dirimente al que se referían tradicionalmente los autores es el error sustancial. Hay error sustancial cuando una parte tiene información equivocada sobre una cualidad del contrato que es indispensable para conseguir el objetivo buscado al contratar. La ley ecuatoriana establece tres supuestos. El primer supuesto es el error en la calidad sustancial de la cosa sobre la que se contrata. Dice la ley ecuatoriana que hay error sustancial "cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree" (C.C. Art. 1470).

En *Sherwood* vs. *Walker*, un caso fallado por la Corte Suprema de Michigan, se presentó un error sustancial en cuanto a la calidad de la cosa objeto del contrato. Sherwood necesitaba una vaca y se puso en contacto con un ganadero llamado Walker. En una primera visita a una de las granjas de Walker, Sherwood no pudo encontrar ninguna vaca que se ajustase a sus necesidades. Walker le informó a Sherwood que tenía más ganado en otra de sus granjas, y lo invitó a que la visitase. Walker le dijo, expresamente, que en esta segunda granja sólo tenía el ganado infértil. Sherwood acudió a la segunda granja y conoció a una vaca llamada Rose Second of Alberlone. Después de pensarlo un poco, Sherwood llamó a Walker por teléfono y ambos acordaron que Walker entregaría a Rose Second of Aberlone y que Sherwood pagaría 5.50 centavos por libra de carne. Unos días después, Sherwood fue a la granja para pagar el precio y recoger a Rose Second of Alberlone. Walker se negó a recibir el precio y a entregar a la vaca, porque había descubierto que Rose Second of Alberlone era fértil y estaba esperando una ternera. Sherwood demandó a Walker la entrega de Rose Second of Alberlone. Los jueces que conocieron el caso se encontraron con la pregunta sobre si el contrato entre Sherwood y Walker debía ser protegido por la ley.

Para llegar a una respuesta, los jueces partieron de la premisa de que si las partes habían consentido sobre la base de un error respecto a una cualidad accidental de la cosa, el contrato sí debía ser protegido; pero si las partes habían consentido sobre la base de un error sustancial sobre la cosa, el contrato no merecía protección. Después de analizar los hechos del caso, los jueces concluyeron que el error versaba sobre una calidad sustancial. Si la vaca era infértil, su precio era de unos USD 80; pero si la vaca era fértil, su precio era de unos USD 750. Aunque las partes no se equivocaron en cuanto a la identidad de la cosa contratada, sí se equivocaron en cuanto a la sustancia de la cosa contratada, pues una vaca infértil es completamente diferente a una vaca fértil. Los jueces concluyeron que el acuerdo entre Sherwood y Walker no merecía protección legal y desecharon la demanda de Sherwood. Este razonamiento parece aplicable a la legislación ecuatoriana.

Además, del supuesto de error en cuanto a la calidad sustancial de la cosa, la ley ecuatoriana también reconoce el error en una cualidad accidental de

la cosa. Dice la ley que hay error que vicia el consentimiento si las partes se equivocan con respecto a una cualidad accidental de la cosa "cuando esa calidad es el motivo principal de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido por otra parte" (C.C. Art. 1470). Si Otelo compra a Emilia un pañuelo en la creencia de que ese pañuelo pertenecía a una gitana, entonces hay consentimiento viciado si, y sólo si, el hecho de que el pañuelo haya pertenecido a la gitana era la razón que tenía Otelo para comprar el pañuelo, y Emilia lo sabía. Cosas como la antigüedad, el origen o el color son, típicamente, cualidades accidentales. Si una parte se equivoca con respecto a estas cualidades, y estas cualidades eran indispensables para cumplir con el propósito del contrato, habrá vicio del consentimiento si la contraparte lo sabía.

Finalmente, la ley también reconoce que hay error sustancial cuando hay error en la persona. Se trata del caso en que una parte del contrato cree que está contratando con una persona, pero realmente está contratando con otra. La ley establece que hay vicio del consentimiento siempre que "la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato" (C.C. Art. 1471). Así, habría error en la persona si Sherwood celebra un contrato de asesoría de cuidado de vacas con Walker cuando en realidad quería celebrar el contrato con Graham, siempre que el hecho de contratar con Graham haya sido la razón para contratar. Y se considera que hay error no sólo cuando se contrata con una persona queriendo contratar con otra, como en el ejemplo, si no también cuando se contrata con una persona creyendo que tiene características que en realidad no tiene, y esas características son indispensables para cumplir el objetivo del contrato, por ejemplo, si Sherwood sí celebró el contrato con Graham, pero lo hizo en la creencia de que Graham era veterinario, cuando en realidad era limpiador de establos.

Un último punto sobre el error. El error no debe confundirse con la falta de calidad de la cosa sobre la que se contrata. Hay error cuando se compra un pañuelo en la creencia de que perteneció a alguien, y hay falta de calidad cuando el pañuelo se deshilacha por haber sido mal cosido. Mientras en el primer caso podría o no haber vicio del consentimiento, en el segundo no hay vicio del consentimiento sino incumplimiento del vendedor. La distinción

es importante por sus efectos. En el caso del error, la ley establece que se desconozca el contrato. En el caso de la falta de calidad, la ley entiende que el contrato tiene protección legal y permite que la parte afectada solicite el cumplimiento de lo acordado y la indemnización del daño.

3.3 Dolo

Marchal vs. Elie (Corte Suprema de Justicia, 10 de diciembre de 1959, Gaceta Judicial Serie IX No. 6) es un típico caso de dolo contractual. Durante los primeros meses de 1958, René Elie le ofreció a Raymond Marchal la venta de un bar llamado *Pigalle*. Elie y el bar estaban en el Ecuador, mientras que Marchal estaba en Francia. Debido a la distancia, las negociaciones se hicieron a través de cartas. Elie escribió que Pigalle era un establecimiento excelentemente dotado, con prestigio comercial y con utilidades no menores de USD 1200 mensuales. Marchal, entusiasmado con los datos, accedió a comprar el bar. Las partes celebraron un contrato de promesa de venta el 4 de mayo de 1958 y un contrato de venta el 23 de mayo de 1958. Con la celebración del contrato, Marchal pagó tres millones setecientos cincuenta mil francos, y se obligó a pagar el resto del precio en Quito. Marchal liquidó unos negocios que tenía en Francia, confió la administración a terceros en otros negocios, vendió títulos y acciones de compañías y se trasladó al Ecuador. Cuando llegó se encontró con la sorpresa que Pigalle estaba muy lejos de ser lo que Elie le había dicho. Se trataba de un bar con muebles viejos, deteriorados y prendados para garantizar obligaciones de Elie. No tenía prestigio comercial y sus utilidades eran muy inferiores a las descritas. Marchal presentó una demanda solicitando que el contrato de venta fuera desconocido, exigiendo que se les devuelva el dinero pagado, y que se le indemnice por los perjuicios sufridos. La Corte Suprema de Justicia concluyó que René Elie procedió con dolo al realizar afirmaciones falsas y que los actores contrataron en base a la falsa información dada por Elie. La corte ordenó a Elie devolver el dinero recibido a Marchal y ordenó que los daños se liquidaran en juicio verbal sumario.

Como nos enseña Marchal vs. Elie, el dolo es la inducción a error. La ley ecuatoriana define al dolo como "la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro" (C.C. Art. 29). Dolo contractual es mentir, engañar a una persona con el objetivo de que preste su consentimiento a la celebración de un contrato. El engaño busca dar información equivocada al contratante, con la finalidad de crear en él un motivo falso que lo induzca a contratar.

Para saber si hay dolo, no es determinante conocer el tipo de acción que se haya llevado a cabo sino la intención, lo que se busca con la acción. Puede haber dolo porque se miente, porque se presenten estados financieros falsos, porque se contraten testigos falsos, porque se forjen documentos, y la lista puede seguir. "Los hechos constitutivos de dolo son infinitos como infinita es la maldad humana", decía Arturo Alessandri Rodríguez (2009, p. 196). Lo que realmente interesa saber es si esas acciones estaban encaminadas a engañar al contratante y hacerlo celebrar un contrato al que, de otra forma, no habría accedido.

Determinar el dolo es una cuestión esencialmente subjetiva. Dependerá, por un lado, de la intención de quien engaña y, por otro lado, de que la víctima haya sido efectivamente engañada. De la intención de quien engaña porque si su objetivo no era dar información falsa para que se celebre el contrato, no habrá dolo. Tal vez habrá error, pero dolo no. De quien es engañado, porque para que una mentira funcione debe ser creída. Si el contratante no ha caído en el engaño, no se puede decir que obró con el consentimiento viciado.

No todo dolo vicia el consentimiento. Se necesita que el dolo sea obra de uno de los contratantes y que sea determinante. El dolo es obra de una de las partes en tres situaciones. Primero, cuando es un contratante el que directamente engaña al otro, como si Emilia, vendedora, engañara a Yago, comprador. Segundo, cuando siendo obra de un tercero, uno de los contratantes ha participado en él, como cuando Rodrigo engaña a Otelo por consejo de Yago. Y, tercero, cuando ha sido cometido por el mandatario, como si el mensajero de Yago engañara a Emilia para que celebre un contrato con Yago. El dolo sólo vicia el consentimiento cuando es determinante. Entre el engaño y la celebración del contrato debe haber una relación de causalidad

necesaria, al punto que “aparece claramente que sin él no hubieran contratado” (C.C. Art. 1474).

Un aspecto bastante controversial es si la no actuación, esto es, la no revelación de información que una parte tiene y la otra no, puede equiparse al dolo. En último término, la pregunta es si no decir toda la verdad equivale a mentir. Es el problema del dolo por omisión.

El Derecho anglosajón contiene dos casos paradigmáticos de dolo por omisión. El primero es *Laidlaw vs. Organ*, que fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en 1817 en sentencia redactada por el célebre magistrado John Marshall; y, el segundo es *Obde vs. Schlemeyer*, que fue fallado en 1960 por la Corte Suprema de Washington.

Los hechos de Laidlaw vs. Organ se producen en la ciudad de Nueva Orleans, en el año de 1815. El contexto histórico es importante. Para 1814, Estados Unidos y Gran Bretaña estaban en guerra. Esta guerra tenía como consecuencia que las materias primas producidas en los Estados Unidos no pudiesen ser exportadas, lo que, a su vez, hacía que los precios de esas materias fuesen especialmente bajos. A finales de 1814 Estados Unidos y Gran Bretaña firmaron un acuerdo de paz que puso fin a la guerra. Durante esa época las noticias no viajaban muy rápido, y pasaron algunos meses para que todo el país se enterara de que la guerra había llegado a su fin. Organ fue uno de los primeros en enterarse en Nueva Orleans, y no dudó en sacarle provecho a la información. Encontró a un vendedor de tabaco llamado Laidlaw y le compró una gran cantidad de tabaco. El empleado de Laidlaw, un tal Girault, le preguntó a Organ si sabía algo que pudiese afectar el precio del tabaco, Organ se limitó a no contestar la pregunta. A las pocas horas de celebrado el contrato, las noticias del fin de la guerra se conocieron en toda Nueva Orleans y Laidlaw, sintiéndose timado por Organ, se negó a cumplir con el contrato. Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, la pregunta clave era si la parte de un contrato que tiene información que pueda alterar el precio de la cosa sobre la que se contrata, está legalmente obligada a revelar esa información. La corte opinó que tal obligación no existe. Según la corte, la obligación de revelar información es imposible de ser circunscrita a límites claros. Si bien una parte debe abstenerse de decir o hacer algo que provoque

un engaño en la otra parte, no hay un deber de decir algo que se conoce. El contrato entre Organ y Laidlaw debía ser cumplido, porque su celebración no se había hecho con consentimiento viciado por dolo.

En Obde vs. Schlemeyer también se trató el tema del dolo por omisión. El señor y la señora Obde compraron un departamento al señor y la señora Schlemeyer. Al momento de realizar la venta, el departamento estaba infestado de termitas. Los Obde no preguntaron si el departamento tenía termitas y los Schlemeyer, que sabían muy bien de la existencia de termitas, decidieron no decir nada. Tiempo después de realizada la venta, los Obde se enteraron de la existencia de las termitas. Los Obde demandaron a los Schlemeyer el pago de una indemnización. Los Schlemeyer se defendieron sosteniendo que ellos no tenían ningún deber de informar a los Obde de la presencia de las termitas, y enfatizaron que los Obde no hicieron ninguna pregunta al respecto.

La Corte Suprema de Washington llegó a la conclusión de que los demandados tenían la obligación de informar a los actores sobre las termitas. Según la corte, la existencia de termitas es una circunstancia sería e importante, puesto que las termitas pueden hacer que el departamento colapse. Además, al tiempo de la venta del departamento, la circunstancia de las termitas estaba oculta, puesto que no se trataba de una circunstancia verificable a simple vista. La corte concluyó que la justicia, la equidad y el trato justo, obligaban a los Schlemeyer a revelar que el departamento estaba infestado de termitas y que, al no haberlo hecho, ocasionaron un daño a los Obde que debían indemnizar. Es importante destacar que el fallo se refirió a la indemnización del daño y no al hecho de si el contrato debía o no protegerse.

La ley ecuatoriana no dice expresamente que el dolo puede consistir en la omisión de revelar información. Existen casos particulares en donde la ley establece una obligación de informar a la contraparte. Es el caso del contrato de seguros, donde se exige al asegurado revelar las circunstancias que conocidas por el asegurador lo hubiesen hecho desistir del contrato (Código de Comercio Art. 722.14) o el caso del contrato para participar en una investigación científica, en donde se exige que quien participe en una investigación científica lo haga con consentimiento informado (Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos Art. 67).

Más allá de los casos particulares, los autores han entendido que la regla es que el dolo que vicia el consentimiento puede consistir en una omisión. Según Luis Claro Solar el dolo puede ser positivo o negativo, siendo dolo negativo "el que consiste en no hacer o disimular ciertas cosas para hacer que la otra parte incurra en error" (2013, p. 200). Según Eduardo y Guillermo Ospina el dolo "podrá manifestarse mediante un *acto* (*dolo positivo*) o mediante una simple *omisión* (*dolo negativo*)" (2014, p. 203). Y, según Arturo Alessandri Besa "el dolo puede estar constituido también por una abstención o un silencio. Se le denomina, entonces, negativo" (2008, p. 64).

Sin embargo, parecería que hay buenos argumentos para no considerar a las omisiones como una forma de dolo que vicia el consentimiento. Tanto la autonomía personal como la eficiencia económica dan razones por las cuales no se debería obligar a una parte a compartir información que tiene. Desde la perspectiva de la autonomía personal, la información es propiedad privada y, como consecuencia de esto, debe estar sujeta al control de su dueño. Obligar a un individuo a compartir información constituye una intromisión en su autonomía personal de la misma manera que lo es forzarlo a compartir su propiedad con otros. Desde la perspectiva económica se debe proteger la información para asegurar que los individuos tengan incentivos para conseguir esa información. Si las partes del contrato no pueden lucrar de la información, optarían por no hacer la inversión para conseguirla. Una forma de lucrar de la información es utilizarla para celebrar un contrato en que esa información es valiosa en cuanto es desconocida por la otra parte.

3.4 Fuerza

Fuerza es un vicio del consentimiento que consiste en ejercer presión sobre una persona para conseguir que celebre un contrato que, de otro modo, no hubiese celebrado. La fuerza reduce las opciones de la persona contra la que se ejerce: o celebra el contrato o sufre un daño. Hay fuerza física cuando la presión se ejerce mediante actos materiales. Otelo golpea a Casio hasta que firma un contrato de transacción que Casio no quería firmar. Hay fuerza moral cuando la presión consiste en la amenaza de un mal. Otelo, en vez de golpear

a Casio, le dice que si no firma el contrato de transacción lo va apuñalar. Tanto la fuerza física como la fuerza moral vician el consentimiento.

Un contrato que es el producto de la fuerza no debe tener protección legal. Esto es así, al menos, por dos razones. Primero, porque la fuerza atenta contra la autonomía de una persona que termina sometida a la voluntad de otra. Casio es menos autónomo si debe cumplir un contrato de transacción al que sólo accedió por la fuerza que sobre él ejerció Otelo. Segundo, porque el contrato que resulta de la fuerza no promueve la asignación de recursos de un uso menos valioso a uno más valioso, sino que sólo garantiza que una de las partes no sufra un mal que no tendría por qué sufrir de no ser por la fuerza. Sea cual sea el contenido del contrato de transacción entre Casio y Otelo, sabemos que Casio no le asigna un valor mayor al contrato que la falta de contrato, porque, en caso contrario, no hubiese sido necesaria la fuerza.

Para que haya vicio del consentimiento y el contrato sea desconocido, la ley ecuatoriana exige que la fuerza ejercida sea grave, injusta y determinante. La fuerza es grave "cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona tomando en cuenta su edad, sexo y condición" (C.C. Art. 1472). La gravedad se aprecia en concreto. Para determinar si hubo fuerza hay que atender a las características de quien recibe la presión, a la persona que ejerce la presión y a las circunstancias en las que la ejerce. Seguramente hay fuerza si Otelo, un experimentado militar, amenaza de muerte al soldado Casio. Casio sabe que Otelo es un sanguinario y ha visto de cerca como ha matado a gente. Por el contrario, no habría fuerza si un niño amenaza de muerte a Casio. Casio es un fornido soldado y no tendría por qué tener miedo de las amenazas de un niño. La fuerza es injusta cuando consiste en hechos prohibidos por la ley. Si la fuerza consiste en hechos permitidos por la ley, no vicia el consentimiento. Si Otelo le dice a Casio que, o firma el contrato de transacción o iniciará un juicio civil en su contra y Casio accede a celebrar el contrato, no se entiende que hay vicio del consentimiento, porque es perfectamente legal empezar juicios civiles. La fuerza es determinante cuando, si ella no se hubiese ejercido, la parte sobre la que se ejerció no hubiese contratado. Si Casio ha contratado sólo porque Otelo ha ejercido una presión sobre él, al punto que sin la fuerza no hubiese habido contrato, entonces hay vicio del consentimiento.

No se entiende que haya fuerza en los casos de temor reverencial. La ley ecuatoriana expresamente señala que no debe entenderse que hay fuerza que vicie el consentimiento si se contrata por "el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto" (C.C. Art. 1472). Así, por ejemplo, si Desdémona celebra un contrato que no quiere celebrar porque su padre Brabancio le ha dicho que debe celebrarlo, no podría, después de la celebración, querer desconocer el contrato por haber sido celebrado con consentimiento viciado.

Es fácil estar de acuerdo en que si celebramos un contrato porque teníamos una pistola apuntándonos a la cabeza y alguien que nos decía que firmáramos o nuestros sesos iban a estar en el papel, estamos frente a un contrato celebrado con vicio de consentimiento que no debe tener protección legal. También es fácil estar de acuerdo en que si estamos sedientos y nos acercamos a una tienda para comprar un agua por cincuenta centavos no hay fuerza y el contrato de venta de agua merece tener protección legal. Pero en medio de estos dos extremos hay una enorme zona gris.

Austin vs. Loral, un caso fallado por la Corte de Apelaciones de Nueva York en 1971, se refiere a unos hechos que están en la zona gris. En julio de 1965, Loral celebró un contrato de USD 6,000,000 para producir y vender radares para la Marina de los Estados Unidos. El contrato contenía un cronograma de entregas, una cláusula penal aplicable a las entregas atrasadas, y una cláusula de terminación en caso de incumplimiento. Para producir los radares, Loral subcontrató con Austin la compra de subpartes de radares. En mayo de 1966, Loral ganó un segundo contrato y, de nuevo, buscó un subcontratante. A mediados de julio de 1966, un representante de Loral le informó a un representante de Austin, que Loral le daría este segundo subcontrato sólo si su oferta se hacía a menor precio. Austin se negó a aceptar un menor precio, y, además, le comunicó a Loral que dejaría de entregar las subpartes, a menos que Loral consintiera en incrementos sustanciales de precios, tanto retroactivamente para partes ya entregadas, como en lo sucesivo, por partes por entregar. Después de contactar a diez productores de subpartes, y no encontrar a ninguno que pueda producir los engranajes a tiempo para cumplir con lo solicitado por la Marina, Loral accedió a los requerimientos de Austin.

En septiembre 15 de 1967, Loral empezó una acción judicial en contra de Austin buscando que se le reembolse el dinero que tuvo que pagar demás. El argumento de Loral era que había contratado bajo fuerza, y la Corte de Apelaciones de Nueva York le dio la razón. Según la corte, un contrato es anulable cuando se demuestra que una de las partes fue forzada a consentir por medio de una amenaza que impida el ejercicio de la libre voluntad. Una mera amenaza de una parte de incumplir el contrato no entregando los bienes requeridos, no constituye, en sí misma, fuerza. Pero si aparece, como en el caso, que la parte amenazada no puede obtener los bienes de otra fuente, entonces cabe anular el contrato por fuerza.

Austin Instrument vs. Loral fue resuelto en aplicación de las leyes del estado de Nueva York y no en aplicación de las leyes ecuatorianas. ¿Cómo se hubiese decidido en el Ecuador? Dar una interpretación tan amplia de la palabra fuerza, al punto de abarcar en ella los casos en los que una persona necesita los bienes que sólo otra persona tiene, parecería ir demasiado lejos. Semejante interpretación iría en contra del requisito de que la fuerza fuese injusta, desde que no hay una ley general en el Ecuador que obligue vender lo que uno no quiere vender.

Otro tema interesante, en torno a la fuerza como vicio del consentimiento, es el de los contratos que son el resultado de la presión de circunstancias económicas. Se trata de los casos en los que una persona celebra un contrato por una presión que no ha sido ocasionada por otra persona, sino por alguna fuerza natural que está fuera del control de alguien en particular.

Tal vez el caso más célebre en la jurisprudencia anglosajona, al respecto sea *Post vs. Jones*, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1856. El barco pesquero Richmond quedó varado en una isla a cinco mil millas del puerto más cercano. Era invierno y eso hacía imposible, al menos por algunas semanas, que el Richmond pudiese navegar hasta tierra firme. La única esperanza de supervivencia para la tripulación del Richmond era ser rescatados por otra embarcación. Días después del varamiento, tres barcos pesqueros, Frith, Panama y Junior, divisaron al barco varado y rescataron a la tripulación del Richmond. Con respecto a la carga, que era básicamente barriles de aceite de ballena, acordaron salvarla si, y sólo si, la carga era

vendida por subasta. En la subasta los capitanes de las embarcaciones compraron el aceite de ballena a un precio muy inferior al que se hubiese vendido en un puerto seguro. Después de regresar a Nueva Inglaterra, los dueños del Richmond alegaron que la venta de los barriles de aceite de ballena fue hecha bajo fuerza y demandaron la nulidad del contrato. La Corte Suprema estuvo de acuerdo con los actores, resolviendo que los demandados tomaron ventaja de su posición, forzando un contrato irrazonable. Según la corte, un contrato en donde una parte está desesperada, indefensa y pasiva, donde no hay mercado, ni dinero, ni competencia, donde una parte tiene poder absoluto y la otra no tiene más opción que la sumisión, donde el vendedor debe aceptar lo que se le ofrece o recibir nada, no puede constituir un contrato válido.

La pregunta de rigor: ¿qué hubiese pasado si la ley aplicable a Post vs. Jones era nuestro Código Civil? Los autores parecen no estar de acuerdo. Guillermo y Eduardo Ospina se preguntan: "¿qué diferencia puede haber entre el acto de una persona que se sirve del mecanismo de un arma de fuego para obtener lucro contractual, y el acto del marino que logra el mismo resultado aprovechando el peligro causado por una tempestad?", y ellos mismos se responden: "ciertamente ninguna" (2014, p. 219). Pero, por su parte, Arturo Alessandri Rodríguez sostiene que "la fuerza producida por acontecimientos ajenos a la voluntad humana, por obra de la naturaleza o de un caso fortuito, no vicia el consentimiento" (2009, p. 192).

Capítulo 4

4. Objeto y causa

Romeo está exiliado en Mantua y espera novedades de su amada Julieta. Baltasar, el empleado de Romeo, aparece con la peor de las noticias: Julieta ha muerto, "su cuerpo duerme dentro del sepulcro y su espíritu vive con los ángeles". En su desesperación, Romeo va a visitar a Boticario y le dice: "aquí tienes cuarenta ducados a cambio de un veneno que disperse entre las venas su poder de modo que quien lo tome, de vivir hastiado, caiga muerto." Boticario responde: "tengo drogas así, pero aquí en Mantua la ley condena a muerte a quien las vende." Al final, Romeo le recuerda a Boticario su pobreza, y éste accede a venderle el veneno: "lo acepta la pobreza, no el deseo.

En *Romeo y Julieta* de Shakespeare, Romeo y Boticario llegan a un acuerdo. Sin embargo, se trata de un acuerdo que las leyes de Mantua expresamente prohíben. El mismo Boticario reconoce que la ley le prohíbe vender lo que está vendiendo. Pero, ¿qué es lo que está mal con el acuerdo? Asumiendo que las partes eran capaces y que prestaron su consentimiento libre de vicios, ¿por qué la ley de Mantua condenaría el contrato de venta de drogas? Intuimos la respuesta. Pensamos que la ley no debería proteger el contrato entre Romeo y Boticario, por las mismas razones por las que no debería proteger la venta de armas de destrucción masiva o el encargo de asesinar a una tercera persona. Pero, ¿por qué?

Atendiendo al contenido del acuerdo y no a las personas que acuerdan, la ley ecuatoriana responde a la pregunta de qué contratos deben protegerse y qué contratos no deben protegerse con las figuras del objeto y de las causas lícitas. Según la ley ecuatoriana, para que un contrato sea válido y tenga la debida protección es necesario que el contrato "recaiga sobre un objeto ilícito" y "tenga una causa lícita" (C.C. Art. 1461). A diferencia de lo que ocurre con la capacidad o el consentimiento libre de vicios, el requisito de que un contrato tenga objeto y causa lícitos no se refiere a la persona del contratante, sino al contenido del contrato. No nos preguntamos quién contrató, sino sobre qué contrato y para qué contrató.

4.1 Objeto, objeto, ¿qué objeto?

La ley ecuatoriana no tiene un concepto único y claro de objeto. De hecho, la ley se refiere a tres conceptos distintos de objeto. Veamos.

En la primera acepción, la ley entiende por objeto del contrato al dar, hacer o no hacer, al obligar a una de las partes. Es en este sentido que la ley ecuatoriana dice que "toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer" (C.C. Art. 1476). En esta primera acepción, el objeto del contrato consiste en la actividad de dar, hacer o no hacer. En el ejemplo del contrato de venta de veneno entre Romeo y el Boticario, el objeto del contrato sería, para Romeo, la conducta de dar dinero, y para Boticario, la conducta de dar el veneno.

En una segunda acepción, el objeto del contrato es la cosa que se va a dar, el hecho que se va a realizar, o el hecho que una parte se compromete a abstenerse de realizar. En uso de esta segunda acepción la ley ecuatoriana dice que: "no sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan", y que: "si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible" (C.C. Art. 1477). El objeto no es aquí la actividad o la conducta de dar, de hacer o de no hacer, sino la cosa dada, el hecho realizado, o el hecho al que una parte se abstiene. Utilizando esta segunda acepción, el objeto del contrato entre Romeo y Boticario son los ducados de un lado y el veneno del otro lado.

En una tercera y última acepción, la ley establece que el objeto del contrato equivale al propio contrato. La ley ecuatoriana establece que hay objeto ilícito "en todo contrato prohibido por las leyes" (C.C. Art. 1482), y, al hacerlo, equipara el objeto al contrato. En esta tercera acepción, el objeto del contrato entre Romeo y Boticario es el propio contrato de venta de veneno.

Al margen de la forma en que la ley ecuatoriana utiliza la palabra objeto, técnicamente hablando, el objeto del contrato son las obligaciones que el contrato genera, el objeto de las obligaciones son las prestaciones de dar, hacer o no hacer, y el objeto de las prestaciones es lo que se da, lo que se hace o lo que se deja de hacer. Siguiendo esta idea, el objeto del contrato entre Romeo y Boticario es crear obligaciones, el objeto de una de las obligaciones

es la prestación de dar, y el objeto de la prestación de dar es el veneno. Pero la ley ecuatoriana no utiliza la definición técnica de objeto de contrato. La ley utiliza tres conceptos distintos para referirse al objeto del contrato y no deja claro si el objeto del contrato es la prestación de dar, hacer o no hacer; la cosa o el hecho en que consiste la prestación; o el propio contrato que genera la obligación. Revisando la ley ecuatoriana resulta imposible saber si el objeto del contrato entre Romeo y Boticario consiste en dar veneno, en el veneno que se da, o en el contrato celebrado para vender veneno.

A esta confusión legal se añade que el concepto de objeto de contrato es una cuestión disputada en la doctrina. Así, por ejemplo, según algunos autores el objeto del contrato está constituido por las obligaciones que el contrato genera. Como explica un autor: "los contratos tienen por objeto crear obligaciones, son fuentes de obligaciones" (Claro, 2013, p. 223). Mientras que, según otros autores, "el objeto del acto se reduce, en última instancia, al objeto de la prestación de una obligación, esto es, una cosa, material o inmaterial, o una conducta, es decir, un servicio, un hecho o una abstención" (Vodanovic, 1998, p. 256). ¿Obligaciones o cosas materiales y conductas?

Aquí vamos a utilizar el concepto de objeto de contrato como equivalente al de objeto de la prestación. Entenderemos por objeto del contrato la cosa, el hecho o la abstención que, respectivamente, ha de darse, hacerse o no hacerse. Creemos que hay dos buenas razones para seguir esta definición. Primero porque, la mayoría de las disposiciones que se refieren al objeto ilícito del contrato se representan a la cosa que se da, al hecho que se realiza, o la abstención que se promete. Segundo, porque, esta acepción de objeto de contrato permite diferenciar claramente el concepto de objeto del contrato con el de causa del contrato.

4.2 Requisitos del objeto

El objeto del contrato está constituido por la cosa que el contrato obliga a dar, el hecho que el contrato obliga a realizar, o el hecho a que el contrato obliga a abstenerse. El contrato tiene objeto si, y sólo si, esa cosa, ese hecho, o esa abstención, son posibles y determinados. Si la cosa, el hecho que ha de

realizarse o el hecho al que hay que abstenerse no son posibles o no están determinados, el contrato carece de objeto.

Para saber si el objeto del contrato es posible, hay que distinguir según que el objeto esté constituido por una cosa, por un hecho, o por una abstención. Para el caso de las cosas, el objeto es posible cuando la cosa existe o se espera que exista. Por eso dice la ley ecuatoriana que "no sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan" (C.C. Art. 1477). No pueden ser objeto de un contrato las cosas que ni existen ni se espera que existan. El contrato en el que Romeo le vende su sombrero a Mercucio es un contrato con objeto, porque el sombrero, que es la cosa que se va a dar, existe. En cambio, el contrato en el que Romeo se compromete a dar un unicornio a Julieta es un contrato sin objeto, porque el unicornio, que es la cosa que se va a dar, no existe en la actualidad, ni se puede esperar que exista en el futuro.

La inexistencia actual de la cosa no se opone a su posibilidad. Para que haya objeto basta con que la cosa que se debe dar pueda existir en el futuro. Si Romeo se compromete a dar a Julieta una rosa que acaba de plantar y que se espera que florezca, el contrato tiene objeto porque la rosa, aunque no existe en ese momento, se espera que exista en el futuro. En estos casos el contrato se entiende celebrado bajo la condición de que la cosa llegue a existir (C.C. Art. 1752): si la rosa llega a florecer, hay contrato; si la rosa no llega a florecer, entonces no hay objeto y, por lo tanto, no hay contrato.

Para el caso de los hechos y de las abstenciones, la posibilidad del objeto del contrato se refiere a que el hecho o la abstención no contravengan las leyes de la física. Dice la ley ecuatoriana que "si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posibles. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza" (C.C. Art. 1477). Si una parte se compromete a realizar un hecho que es físicamente imposible realizar, el contrato no tiene objeto. De la misma manera, si una parte se compromete a abstenerse de realizar un hecho cuya abstención es físicamente imposible, el contrato no tiene objeto. Ejemplo de lo primero sería que Romeo le prometa a Julieta bajar la luna y ponerla a sus pies. Ejemplo de lo segundo sería que Romeo le prometa a Julieta dejar de ser hijo de su padre.

Pero, la posibilidad del hecho o de la abstención no se opone a la dificultad que supone realizar el hecho o abstenerse de realizarlo. Si Romeo se compromete a rescatar a Julieta de una isla, habrá objeto aunque el hecho prometido sea extremadamente difícil o extremadamente costoso para Romeo. De la misma manera, si Romeo se compromete a no volver a Verona, habrá objeto, aun cuando abstenerse de regresar a Verona sea muy difícil para Romeo. El punto es que si una de las partes del contrato se obligó a realizar un hecho o a abstenerse de realizar un hecho, habrá objeto, aun cuando ese hecho o esa abstención estén más allá de sus posibilidades. Para que se entienda que el objeto del contrato no es posible, la imposibilidad de realizar el hecho o de abstenerse de realizar el hecho debe ser absoluta: el cumplimiento del hecho o de la abstención deben ser imposibles para todas las personas.

El objeto del contrato, además de posible, debe ser determinado. Para entender este requisito también vale distinguir entre los casos en que el objeto sea una cosa, de los casos en los que sea un hecho o una abstención.

Para el caso de los contratos que tienen por objeto cosas, la ley ecuatoriana establece que se necesita que "estén determinadas, a menos en cuanto a su género" (C.C. Art. 1477). Los contratos que contienen obligaciones de dar, pueden tener por objeto cosas determinadas por su especie o por su género. Son cosas determinadas por su especie, aquellas que están totalmente individualizadas, al punto de que no existe otra igual en el mundo. Romeo se obliga a vender el sombrero que tiene puesto. Romeo tiene que entregar el sombrero que tiene puesto y no otro sombrero u otra cosa distinta. Por otro lado, la ley dice que son obligaciones de género "aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado" (C.C. Art. 1524). Son cosas determinadas por su género aquellas que no están plenamente individualizadas, pero que se pueden determinar atendiendo a la categoría a la que pertenecen.

Cuando Romeo le promete a Julieta regalarle una rosa, el contrato produce una obligación de género, puesto que Romeo no está obligado a dar una rosa perfectamente individualizada, sino que puede cumplir su obligación con cualquier cosa que se encuentra dentro de la categoría de rosa. Conviene recalcar que el género al que pertenece la cosa que se debe dar puede estar

más o menos determinado. Estará más determinado cuando se establezcan las características del género con cierto detalle, por ejemplo, si Romeo se obliga a dar una rosa del tipo centifolia foliacea. Y estará menos determinado, cuando no se detalle las características del género, como sería el caso en que Romeo se obliga simplemente a dar una rosa. Lo que no puede ocurrir es que haya total indeterminación con respecto a la cosa que es objeto del contrato. Si Romeo se obliga a entregar "una planta", el contrato carece de objeto.

La ley ecuatoriana no establece como requisito que si el objeto del contrato es un hecho o una abstención, dicho hecho o abstención deben estar determinados, pero el requisito parece obvio. Las mismas razones que existen para exigir que la cosa sea determinada, existen para exigir que el hecho o la abstención lo sean. Si una parte no puede saber con certeza a qué se encuentra obligada, no es posible sostener que el contrato tiene objeto.

Trimmer vs. *van Bomel* es un caso fallado por la Corte Suprema de Nueva York en 1980, sobre los contratos que contienen la obligación de realizar hechos indeterminados. Trimmer trabajaba como operador en una agencia de viajes. Van Bomel era una viuda de gran fortuna que vivía una vida llena de lujos, y era cliente de la agencia de viajes donde trabajaba Trimmer. Después de algún tiempo de conocerlo, van Bomel le ofreció a Trimmer un trato: ella lo mantendría económicamente y él le dedicaría tiempo. Trimmer estuvo de acuerdo. Durante cinco años, Trimmer se dedicó por completo a van Bomel: almorzaba y cenaba con ella, la acompañaba a eventos sociales, viajaba con ella por Europa. Van Bomel pagaba la renta y los costos de los viajes de Trimmer, le compraba trajes y vehículos de lujo, y le daba una cantidad de dinero mensualmente. La señora van Bomel gastó más de USD 300,000 en el señor Trimmer. Luego de cinco años, la señora van Bomel le comunicó a Trimmer que no requeriría más sus servicios, dejando de pagar sus gastos y de darle dinero. Trimmer demandó a van Bomel el pago de USD 1´500,000. Según Trimmer, el tenía un contrato con van Bomel, por el cual se obligó a dejar su trabajo y atender a van Bomel, y, como contraprestación, van Bomel había adquirido la obligación de: 1) pagar todos los costos relacionados con la ejecución del servicio; 2) pagar todos los costos de una vida lujosa mientras duren los servicios; y, 3) pagar una renta para cubrir todos los costos de una vida lujosa por el resto de la vida de Trimmer.

Van Bomel contestó que nunca hubo contrato. Después de estudiar los hechos, la Corte Suprema de Nueva York concluyó que el acuerdo era tan vago e impreciso que no permitía la formación de un contrato legalmente protegido. La corte basó su decisión en que nunca se especificó el monto de dinero, ni el tiempo que debía durar el pago de ese dinero, ni podía saberse en qué consistía una vida de lujo, ni había manera de saber exactamente a qué se había obligado Trimmer. La conclusión es válida para el Derecho ecuatoriano. Los contratos tienen que tener un objeto. Si ese objeto consiste en realizar un hecho o abstenerse de realizar un hecho, ese hecho no puede ser absolutamente vago e impreciso.

4.3 Objeto ilícito

Los contratos deben tener un objeto lícito (C.C. Art. 1461). Los contratos que no tengan objeto lícito deben ser desconocidos (C.C. Arts. 1698, 1704 y 1706). El objeto ilícito es una excepción a la regla de que los contratos deben ser protegidos por la ley. La regla general es que los contratos deben estar legalmente protegidos porque es moralmente correcto y económicamente eficiente que así sea. La regla general debe ser, entonces, que los intercambios y el contrato que los originó, deban ser protegidos por la ley. Sin embargo, la regla tiene excepciones. El desconocimiento de los contratos celebrados por personas incapaces y el desconocimiento de los contratos celebrados con consentimiento viciado, son dos casos de estas excepciones. Un tercer caso es el desconocimiento de los contratos que tienen objeto ilícito.

¿Por qué la ley manda a desconocer los contratos con objeto ilícito? Paradójicamente, las razones para desconocer el contrato son las mismas que para protegerlo: el objeto ilícito sirve para proteger la autonomía personal y para promover la eficiencia económica. Una idea básica de la autonomía personal es que el poder de decisión sobre la propia vida encuentra un límite en la vida de los demás. Somos libres de hacer lo que queramos mientras no dañemos a otra persona. Nuestra autonomía personal no nos permite disminuir la autonomía de terceros. Así que, para ser coherentes con el postulado de la autonomía personal, los acuerdos que disminuyan la autonomía de terceros, no deben tener protección legal. Por otro lado, la eficiencia económica exige

que no se reconozcan contratos con objeto ilícito. Cuando las personas asumen la totalidad de los costos y beneficios de sus acciones se dice, en jerga económica, que internalizan el costo de sus actos. En estos casos, los incentivos privados llevan a tener el nivel óptimo de tal comportamiento. Por el contrario, cuando los individuos no internalizan totalmente los costos y los beneficios de su comportamiento, los costos y los beneficios que se generan para terceros son llamados externalidades. Cuando las actuaciones de un individuo generan externalidades, sean negativas o positivas, ya no existen los incentivos para alcanzar un nivel óptimo de comportamiento. Si la actividad produce externalidades positivas, va a realizarse menor comportamiento del nivel socialmente óptimo. Pero si su actividad genera externalidades negativas, va a realizarse más actividad de la socialmente óptima.

La ley ecuatoriana no dice qué debe entenderse por objeto ilícito, sino que se limita a enumerar algunos casos en los que hay objeto ilícito. Estos casos se justifican o porque previenen la intromisión en la autonomía de una persona que no ha contratado, o porque evitan que se generen externalidades negativas.

Primero, la ley ecuatoriana dice que hay objeto ilícito cuando el hecho es prohibido por la ley, contrario a las buenas costumbres o al orden público (C.C. Art. 1477). Saber cuándo un hecho está prohibido por la ley es relativamente sencillo. Hay normas legales que expresamente prohíben una conducta, y si el contrato consiste en la ejecución de la conducta, habrá objeto ilícito. Las leyes prohíben el asesinato. Un contrato entre Capuleto y Teobaldo, por el cual aquel le pague un precio a éste para que asesine a Romeo, tiene objeto ilícito. Pero para el caso de los hechos reñidos con las buenas costumbres y el orden público, la cuestión se complica. Buenas costumbres y orden público son términos esencialmente vagos. Tal vez el contrato por el cual Capuleto se obliga con Paris a que su hija se casará con él no era contrario a las buenas costumbres o al orden público en la Verona del siglo XVI, pero sí lo es en el Ecuador del siglo XX. Será el juez quien deberá decidir, en cada caso, qué son las buenas costumbres y qué es el orden público.

No tenemos norma expresa para el caso de los contratos que tienen como objeto una obligación de no hacer. Con todo, parece que hay argumentos

para decir que el contrato que genere la obligación de abstenerse de realizar un hecho ilícito tiene objeto ilícito. Para el caso de las obligaciones condicionales, aquellas que dependen de un hecho futuro e incierto, la ley ecuatoriana expresamente señala que si la condición "consiste en que el acreedor se abstenga de un hecho inmoral o prohibido, vicia la disposición" (C.C. Art. 1492). Podría argumentarse que si la ley establece que el contrato no debe protegerse, si establece como condición que una parte se abstenga de realizar un hecho ilícito, con mayor razón no debe protegerse si genera la obligación de abstenerse de realizar un hecho ilícito.

El segundo caso de objeto ilícito al que se refiere la ley es el derecho a suceder. El derecho a suceder una persona es una cosa incorporal sobre la cual la ley prohíbe contratar. Dice la ley ecuatoriana que "el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato" (C.C. Art. 1479). Capuleto acuerda con Paris que, cuando Capuleto se muera, todos sus bienes van a ser de propiedad de Paris. Habría un contrato con objeto ilícito entre Capuleto y Paris porque el objeto del contrato sería el derecho a suceder.

El tercer caso de objeto ilícito es el de los contratos sobre las cosas que están fuera del comercio, sobre los derechos personalísimos y sobre las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello (C.C. Art. 1480). Están fuera del comercio, por ejemplo, los bienes nacionales. Son bienes nacionales "aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda" (C.C. Art. 604). Por eso, si se realiza un contrato que tiene por objeto una cosa considerada bien nacional, dicho contrato debe desconocerse por tener objeto ilícito.

En *Cahueñas vs. Hinojosa y Tulcán*, la Corte Suprema de Justicia del Ecuador se refirió a un contrato que tenía como objeto un bien nacional (3 de marzo de 2006, Gaceta Judicial Serie XVIII No. 2). El Municipio de Tulcán autorizó el desarrollo y la construcción de la Urbanización Villa Hermosa en la ciudad de Tulcán. En la ordenanza en que se hizo esta autorización, el Municipio de Tulcán estableció que el lote número 15 de la urbanización quedaría en área comunal para completar el área mínima de recreación y servicios exigida por la ley. Algún tiempo después de construida la urbanización, el Municipio de

Tulcán vendió a favor de Hinojosa el lote de terreno número 15. Los habitantes de la Urbanización Villa Hermosa demandaron la nulidad del contrato entre el Municipio de Tulcán e Hinojosa por tener objeto ilícito. Según la Corte Suprema de Justicia, la cuestión legal consistía en determinar si el inmueble era propiedad pública municipal, o si se trata de un bien raíz de propiedad privada del Municipio de Tulcán. Según la corte, los bienes municipales pueden ser de uso público o de uso privado. La forma de distinguirlos es atendiendo al destino del bien: son bienes de uso público aquellos cuyo uso por los particulares es directo, general y gratuito; y, son bienes de uso privado aquellos que no pueden ser utilizados por los particulares de forma directa, general y gratuita. La corte llegó a la conclusión de que el inmueble del caso era un bien de uso público porque los particulares tenían derecho de usar el inmueble de forma directa, general y gratuita, y resolvió que el contrato entre la Municipalidad de Tulcán e Hinojosa debía ser desconocido porque tenía objeto ilícito.

Además de estos casos, la ley ecuatoriana se refiere a una situación muy peculiar de objeto ilícito, que no atiende al hecho o a la cosa que constituye el objeto del contrato, sino a la diligencia con la que se cumple el contrato. Según la ley, "el pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación del dolo futuro no vale" (C.C. Art. 1481). La disposición contiene un caso particular y un caso general de objeto ilícito. En primer lugar, la ley establece que hay objeto ilícito cuando un finiquito contractual se celebra en base al dolo. Si Romeo celebra un finiquito con su mandatario Baltasar, en virtud del cual le exonera de toda responsabilidad derivada del mandato, tal finiquito tendrá objeto ilícito si Baltasar ha forjado documentos o libros contables para hacerle creer a Romeo que su actuación ha sido diligente cuando, en realidad, no lo ha sido. En segundo lugar, la ley establece que hay objeto ilícito si se perdona anticipadamente el dolo futuro. Se trata de una condena legal a la autorización de actuaciones fraudulentas. Si Romeo celebra un contrato con Baltasar, en el que se establece que Baltasar podrá cumplir sus obligaciones como le parezca y que no será responsable por dolo o por culpa grave, tal contrato tiene objeto ilícito. Como en materias civiles el

dolo equivale a la culpa grave (C.C. Art. 29), también habrá objeto ilícito en la condonación de la culpa grave futura.

La ley ecuatoriana señala que hay objeto ilícito "en todo contrato prohibido por las leyes" (C.C. Art. 1482). Se comete aquí la imprecisión de equiparar el contrato con su objeto, lo que es tanto como equiparar el todo con la parte. El contrato no es el objeto, el contrato tiene un objeto. Por eso, cuando la ley prohíbe un contrato no se puede decir, técnicamente hablando, que el contrato tenga objeto ilícito. Del hecho de que el contrato esté prohibido no se sigue, necesariamente, que el contrato tenga objeto ilícito. Sólo habrá objeto ilícito si la prohibición del contrato fue establecida teniendo en cuenta la cosa, al hecho, o a la abstención, que el contrato supone.

4.4 Causa, razón, motivo o circunstancia

Según la ley ecuatoriana "se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato" (C.C. Art. 1483). A pesar de que existe una definición legal de causa del contrato, el concepto de causa está lejos de estar claro. Según algunos autores, la causa del contrato equivale al fin directo e inmediato inherente al contrato que se celebra (Vodanovic, 1998; Claro Solar, 2013). Según otros autores, la causa del contrato equivale a las razones que inducen a celebrar el contrato (León, 1961; Ospina y Ospina, 2014).

Para entender el concepto de causa de contrato en la ley ecuatoriana y resolver la contradicción en la doctrina, creemos necesario referirnos a un poco de historia. La historia empieza con Aristóteles. En el capítulo II del libro V de su *Metafísica*, Aristóteles se refiere a las cuatro causas del ser de las cosas. Según Aristóteles, la palabra causa puede tener cuatro significados distintos:

Se llama causa ya la materia de que una cosa se hace: el bronce es la causa de la estatua, la plata de la copa, y, remontándonos más, lo son los géneros a que pertenecen la plata y el bronce; ya la forma y el modelo, así como sus géneros, es decir, la noción de la esencia: la causa de la octava es la relación de dos a uno, y, en general, el número y las partes que entran en la definición de la octava. También se llama causa al primer principio

del cambio o del reposo. El que da un consejo es una causa, y el padre es causa del hijo; y en general, aquello que hace es causa de lo hecho, y lo que imprime el cambio lo es de lo que experimenta el cambio. La causa es también el fin, y entiendo por esto aquello en vista de lo que se hace una cosa. La salud es causa del paseo. ¿Por qué se pasea? Para mantenerse uno sano, respondemos nosotros; y al hablar de esta manera, creemos haber dicho la causa. Por último, se llaman causas todos los intermedios entre el motor y el objeto. La maceración, por ejemplo, la purgación, los remedios, los instrumentos del médico, son causas de la salud; porque todos estos medios se emplean en vista del fin. Estas causas difieren, sin embargo, entre sí, en cuanto son las unas instrumentos y otras operaciones. Tales son, sobre poco más o menos, las diversas acepciones de la palabra causa.

Aristóteles distingue entre causa material, causa formal, causa eficiente y causa final. La causa material es elemento del cual nace o surge una cosa. El bronce es la causa material de la estatua. La causa formal es el paradigma del que depende la cosa. La causa formal de la estatua sería el modelo seguido para confeccionarla. La causa eficiente es lo que produce el cambio o movimiento. En el caso de la estatua es el escultor. La causa final es la meta hacia la cual se dirige la cosa. La causa final de la estatua podría ser la decoración de un parque o el tributo a alguna persona.

Muchos años más tarde que Aristóteles, Jean Domat, jurisconsulto francés de mediados del siglo XVII, elaboró la teoría clásica de la causa de los contratos. Para Domat, la causa del contrato es la causa final de Aristóteles, pero con un importante detalle: la causa final del contrato está determinada por la naturaleza del contrato. Según Domat, la causa del contrato es siempre una misma y depende del contrato que se realice. Se trata de un elemento intrínseco del contrato. En los contratos bilaterales la causa del contrato es la obligación de la contraparte, en los contratos reales es la entrega de la cosa, y en los contratos gratuitos la causa es la mera liberalidad o ánimo de donar.

La teoría de causa del contrato de Domat tiene, básicamente, dos consecuencias. Primero, que la causa es siempre la misma para una determinada categoría de contrato. Si el contrato es bilateral, la causa es siempre la obligación de la otra parte; si es real, la causa es siempre la

entrega de la cosa; y, si se trata de una donación, la causa es siempre la mera liberalidad. La segunda consecuencia de la teoría clásica es que la causa del contrato es totalmente distinta a los móviles que tuvieron las partes para contratar. La causa es algo propio del contrato, un elemento intrínseco o endógeno, que no depende de las motivaciones personales de las partes que celebraron el contrato, o de cualquier otro elemento exógeno.

La doctrina de Domat ha sido criticada por carecer de utilidad. En primer lugar, la doctrina de Domat es inútil porque no sirve para explicar nada que no pueda ser explicado por otros medios. En los contratos bilaterales, la obligación de una de las partes está condicionada por el cumplimiento de la obligación de la otra. El punto no se explica por la causa sino por la condición resolutoria tácita. En los contratos reales, la entrega de la cosa constituye la formación del contrato y no su causa. En los contratos gratuitos el ánimo de liberalidad es el consentimiento para contratar y no la causa del contrato. En segundo lugar, la doctrina de Domat es inútil carece de aplicación en la práctica. Siguiendo a Domat, todos los contratos tendrían causa y la causa sería siempre lícita. Si la causa está determinada por el mismo contrato, cada vez que haya contrato va a haber causa.

El Código Civil de Napoleón no definió la causa del contrato sino que se limitó a decir que todas las obligaciones debían tener causa lícita. Los tribunales franceses se empezaron a alejar de la teoría de Domat. La nueva idea era que la causa del contrato estaba determinada por los motivos subjetivos que impulsaron a las partes a contratar. La diferencia es importante. Mientras que para la teoría de Domat, "los móviles subjetivos de los contratantes, por inmorales y antisociales que sean, pertenecen al fuero de su conciencia y no pueden ser investigados" (Ospina y Ospina, 2014, p. 275), la nueva teoría francesa "estriba en el rechazo de ese principio ultraindividualista y en la franca intervención judicial en los actos jurídicos lícitos en sus prestaciones, vale decir, en su objeto, pero ilícitos en su finalidad" (Ospina y Ospina, 2014, p. 275).

El derecho ecuatoriano sigue esta nueva línea marcada por los tribunales franceses. La ley expresamente dice que la causa es el motivo que induce al contrato (C.C. Art. 1483). La causa del contrato equivale a los móviles

determinantes que tuvieron las partes para contratar. No es algo que está dentro del contrato ni que es igual para todos los contratos de la misma naturaleza. Se trata de un elemento externo del contrato, que está determinado por los motivos específicos que llevaron a las partes a contratar.

A diferencia de lo que ocurre con la teoría de Domat, la acepción de causa del contrato como motivo sí es útil. De un lado, la causa así entendida permite una clara distinción conceptual entre la causa del contrato y el objeto del contrato. Mientras el objeto es la cosa, el hecho o la abstención, la causa es lo que motiva que la cosa se dé, que el hecho se realice, o que el hecho no se realice. Mientras el objeto responde a la pregunta ¿qué se contrata?, la causa responde a la pregunta ¿para qué se contrata? Mientras el objeto del contrato entre Romeo y el Boticario es el veneno, la causa del contrato es el suicidio de Romeo. La respuesta sobre el objeto está en el contrato, mientras que la respuesta sobre la causa está fuera del contrato.

La causa entendida como motivo permite desconocer contratos que aparecen como lícitos, pero que, en el fondo, suponen una violación a la ley, a las buenas costumbres o al orden público. Romeo puede comprar un cuchillo para cortar las espinas de las rosas que regalará a Julieta, o para cortarle la yugular a Teobaldo. El objeto es el mismo, pero la causa es lícita en un caso e ilícita en el otro.

4.5 Causa ilícita

Los contratos tienen que tener causa lícita para tener protección legal. La ley señala que la causa ilícita es “la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público” (C.C. Art. 1483).

Lo relevante para determinar la causa no es la cosa, hecho o abstención a que el contrato obliga, sino la razón por la cual las partes contrataron. Esto es totalmente independiente del objeto. Si Romeo compra un cuchillo a Benvolio, la causa del contrato es el motivo por el cual compra el cuchillo, y si compra el cuchillo para asesinar a Teobaldo, la causa del contrato será ilícita. No atendemos al objeto, sino a las intenciones.

Existe el problema de saber si para que se configure la causa ilícita es necesario que ambos contratantes sepan el motivo del contrato. Para que haya causa ilícita, ¿era necesario que Benvolio supiera que Romeo estaba comprando el cuchillo para asesinar a Teobaldo, o bastaba que Romeo lo supiera? La respuesta parece ser que se requiere el conocimiento de las dos partes. Esto es así, en primer lugar, porque al definir a la causa, la ley se refiere a la causa del contrato y no a la causa de una de las partes del contrato; y, en segundo lugar, porque para anular un contrato por error en la cualidad accidental de la cosa, la ley exige que las dos partes sepan que esa cualidad accidental era determinante para celebrar el contrato (C.C. Art. 1470), y, por analogía, la misma regla debería aplicarse para el caso de la causa ilícita.

4.6 Simulación

El caso más frecuente en el que se va a encontrar la causa ilícita en un contrato es el de simulación contractual. Se entiende por simulación la discordancia entre lo declarado y lo realmente querido. Un contrato es simulado cuando se celebra bajo el entendido de que no ha de producir los efectos que las partes declaran que va a producir. Para que haya simulación deben cumplirse tres requisitos. Primero, debe haber diferencia entre la voluntad real de las partes y la manifestación de esa voluntad. Segundo, tiene que haber un acuerdo oculto entre las partes contratantes. Y, tercero, los contratantes deben tener el propósito común de engañar a terceros.

La simulación puede ser absoluta o relativa. Hay simulación absoluta cuando las partes crean una apariencia engañosa de un negocio que no tiene contenido real. Las partes saben que el contrato no va a producir ningún efecto legal. Hay simulación relativa cuando las partes del contrato realizan una falsa declaración en el entendido de que la naturaleza del contrato o los efectos del acuerdo, van a ser distintos a los declarados. Las partes saben que el contrato va a producir efectos distintos a los declarados. La simulación relativa se clasifica según se simule las condiciones del negocio, la naturaleza del negocio o la identidad de las partes. En la simulación de las condiciones del negocio, las partes declaran que los términos del contrato son unos cuando en realidad son otros.

Romeo dice que va a vender su sombrero en diez ducados, cuando en realidad lo va a vender en veinte ducados. En la simulación en cuanto a la naturaleza del contrato, las partes declaran que el contrato es de un tipo cuando en realidad es de otro. Romeo firma un contrato de mandato con Baltasar, cuando en realidad está celebrando un contrato de trabajo. Finalmente, en la simulación en cuanto a la identidad de las partes, los contratantes realizan una triangulación: se celebra el contrato con la interposición de una persona. Capuleto le vende a Teobaldo y Teobaldo le vende a Julieta.

La simulación no está regulada en la ley ecuatoriana. Parecería ser que en la simulación absoluta falta el consentimiento y, por lo tanto, no se puede decir que haya habido contrato. Una vez que se descubre que el contrato no era más que una farsa, se concluye que ese acuerdo no es capaz de producir efecto jurídico alguno. Si las partes del contrato simulado, de hecho, le otorgaron efectos al acuerdo, lo que procederá será restablecer las cosas a su estado anterior. En la simulación relativa, en cambio, el contrato existe, pero su naturaleza y condiciones deben ser descubiertas. La idea con la simulación relativa es determinar el contenido del acuerdo oculto. Si ese acuerdo adolece de algún vicio, la ley debe desconocer el contrato. Típicamente, el vicio del que va a adolecer un acuerdo oculto por simulación es el de causa ilícita.

Avilés vs. *Avilés*, un caso resuelto en el Ecuador, es un ejemplo de contrato simulado que fue anulado por causa ilícita (Corte Suprema de Justicia, 22 de febrero de 2001, Gaceta Judicial Serie XVII, No. 5). El 17 de noviembre de 1994, mediante escritura pública, Gregoria Gómez vendió a dos de sus cuatros hijos, Ángela y José Avilés, “los derechos y acciones de los gananciales” sobre un bien inmueble adquirido por su difunto cónyuge José Luis Avilés. Ángela Avilés reconoció que no había pagado por la venta de los gananciales, “porque ella nos obsequió esa parte.” La Corte Suprema de Justicia llegó a la conclusión de que la venta de los gananciales fue un contrato simulado que tenía la intención de beneficiar a dos de los herederos, en perjuicio de los otros dos. Según la corte, “la simulación no es causal de nulidad, o sea, no produce por si misma nulidad si el acto en que incide es nulo, no lo es porque el acto sea simulado, sino porque existe una razón particular para declararlo nulo.” En el caso, los hechos determinan la nulidad de la compraventa por causa ilícita, porque aparecía la intención positiva de perjudicar a los otros herederos al

haberse realizado el contrato de compraventa simulado a favor de dos de los hijos, en perjuicio de los otros dos. La corte concluyó que "la simulación ilícita es aquella que se celebra con la intención positiva de perjudicar a terceros y adolece de causa ilícita".

4.7 Causa falsa

No debe confundirse la causa ilícita con la causa falsa. Si la causa está constituida por los móviles que inducen a la celebración del contrato, el contrato tendrá falsa causa siempre que las partes hayan consentido sobre la base de un error que, de haber sido conocido, hubiese hecho que el contrato no se celebre. La ley ecuatoriana pone un ejemplo: "la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa" (C.C. Art. 1483).

El concepto de causa falsa puede ilustrase con los hechos de *Krell v. Henry*, un caso fallado en 1903 por una corte inglesa. El 20 de junio de 1902, Henry celebró un contrato de alquiler con Krell. El contrato generaba la obligación de Henry de pagar 70 libras y, como contraprestación, poder usar el departamento 56 A del *Pall Mall* durante los días 26 y 27 de junio. Henry pagó 20 libras con la firma del contrato y se comprometió a pagar 50 libras en el futuro. El departamento tenía un balcón y se encontraba en una calle por la que debía pasar la procesión de la coronación del rey Eduardo VII, programada para los días 26 y 27 de junio de 1902, pero el rey se enfermó, y la coronación no tuvo lugar esos días. Krell demandó a Henry el pago de lo debido por concepto del alquiler. Henry negó su responsabilidad y contrademandó a Krell para que le reembolse las 20 libras que le había dado. La corte sostuvo que el contrato no debía protegerse. En criterio de la corte, el arrendamiento del departamento fue con el propósito de ver la coronación real. La coronación, que debía pasar bajo el Pall Mall, fue tenida por ambos contratantes como el fundamento del contrato. Como no hubo coronación, no había fundamento para el contrato. Según la corte, en todo contrato es necesario determinar cuál es la substancia del contrato, y luego preguntar si para el cumplimiento de lo que es la substancia del contrato se requiere de un determinado estado de cosas. Si ese estado de cosas asumidos por las partes se altera, el contrato ha perdido su fundamento y no hay razón legal para protegerlo.

Capítulo 5

5. Nulidad

Hasta aquí hemos visto que un contrato tiene que (1) haber sido celebrado entre personas capaces; (2) con consentimiento libre de vicios; (3) con objeto lícito; y, (4) con causa lícita. Cumplidos estos requisitos, decimos que el contrato es válido. Un contrato válido supone que las partes están obligadas a cumplirlo y que, en caso de que una parte no cumpla, la otra puede presentar una demanda ante un juez para que este ordene que el contrato se cumpla.

La pregunta ahora es: ¿qué pasa si no se cumple con alguno de estos requisitos? En términos generales, la respuesta que da la ley ecuatoriana es la nulidad. Dice la ley que "es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato" (C.C. Art. 1697). La nulidad consiste en dejar sin efecto las obligaciones que el contrato ha buscado generar. En virtud de la declaratoria de nulidad, si el contrato no se ha cumplido, las obligaciones se extinguen y las partes del contrato ya no podrán exigirse nada (C.C. Art. 1583.9); y, si el contrato se ha cumplido parcial o totalmente, las partes deberán volver el estado de cosas que había antes de la celebración del contrato (C.C. Art. 1704).

La nulidad del contrato tiene tres características principales: (1) sus reglas son de orden público; (2) su aplicación es de derecho estricto; y, (3) puede ser total o parcial, es decir, referirse a todo el contrato o sólo a una parte del contrato.

La nulidad es de orden público. Las partes no pueden modificar las reglas de la nulidad del contrato. Esto supone, primero, que si las partes acuerdan que el contrato no se perfeccionará sino hasta que se cumpla algún requisito establecido contractualmente, no se entenderá que ante la falta del requisito el contrato es nulo. Si el requisito no se cumple podría ocurrir que se entienda que las partes no prestaron su consentimiento o que renunciaron tácitamente a celebrar el contrato, pero no que el contrato es nulo. La segunda consecuencia, de que la nulidad sea de orden público, es que las partes no pueden establecer qué tal o cuál incumplimiento anulará el contrato. En este caso se entenderá que se trata de una condición resolutoria expresa, pero no

se verá afectada la validez del contrato. Una interesante aplicación de esto último se produce con las cláusulas contractuales de no enajenar. Las partes pueden pactar en el contrato la obligación de no enajenar una cosa, pero en caso de que la parte obligada incumpla su obligación, el contrato en virtud del cual se enajena la cosa no contendrá objeto ilícito.

La nulidad es de derecho estricto. Esto quiere decir, por un lado, que las causales de nulidad son solo las que han sido legalmente establecidas: ni los reglamentos, ni las ordenanzas, ni ninguna norma de inferior jerarquía, pueden establecer causales de nulidad distintas a las establecidas por ley. Y esto quiere decir, por otro lado, que no pueden aplicarse nulidades por analogía. Para que un contrato sea nulo debe carecer de alguno de los requisitos establecidos por ley y no basta que carezca de algún requisito que se parezca o sea similar a aquel que está reconocido en la ley.

La nulidad puede ser total o parcial. Habrá nulidad total cuando el requisito del que carece el contrato afecte a toda la estructura del contrato. Habrá nulidad parcial cuando el requisito que falta afecte sólo a una cláusula o a una disposición de la cual no dependa el resto del contrato. Mientras que el requisito que produce la nulidad total hace que el contrato no pueda subsistir, el requisito que produce la nulidad parcial es independiente del resto del contrato. La diferencia entre una y otra es que la nulidad total priva al contrato de todos sus efectos, mientras que la nulidad parcial, sólo la priva de aquel efecto directamente relacionado con el requisito del que el contrato carece.

Para estudiar la nulidad seguiremos el esquema que siguen la mayoría de autores. Primero nos referiremos a la clasificación de la nulidad en absoluta y relativa, de las causales de cada una, de las personas que están legitimadas para solicitarla y de la posibilidad o no de subsanar el contrato que adolece de nulidad. Después veremos los efectos de la declaratoria judicial de nulidad, tanto para las partes del contrato como con respecto a terceros. Finalmente, terminaremos refiriéndonos a la inexistencia del contrato, su concepto, su diferencia con la nulidad y los argumentos para sostener que el Derecho ecuatoriano reconoce la figura de la inexistencia del contrato.

5.1 Nulidad absoluta

La ley distingue entre nulidad absoluta y nulidad relativa. Esta distinción se concreta en (1) las causales de nulidad; (2) la legitimación para solicitar la declaratoria de nulidad; y, (3) la posibilidad o no de subsanar la nulidad. Nos referiremos primero a la nulidad absoluta.

La ley ecuatoriana señala taxativamente los casos en los que cabe la sanción de nulidad absoluta. La nulidad absoluta se produce en los casos de (1) objeto ilícito; (2) causa ilícita; (3) omisión de alguna formalidad establecida en consideración de la naturaleza del acto; y, (4) cuando el contrato es celebrado por incapaces absolutos (C.C. Art. 1698). Como se ve, la nulidad absoluta trata de casos en que se atenta contra el interés general. En términos económicos, la nulidad absoluta sirve para sancionar a los contratos que generan externalidades negativas. La razón de ser de la sanción de nulidad absoluta no es la de proteger a una parte del contrato de la otra parte del contrato, sino de proteger a un tercero o a la sociedad contra el contrato celebrado por dos personas.

Debido a la naturaleza de los fines que protege la nulidad absoluta, la ley ecuatoriana reconoce una amplia legitimación activa para solicitar su declaración judicial. De hecho, la calificación de "absoluta" se refiere, precisamente, al hecho de que el contrato es nulo respecto de todos (Baraona, 2012). Por eso la ley permite solicitar la nulidad absoluta a "todo el que tenga interés en ello" (C.C. Art. 1699), interés que, según acostumbran recalcar los autores (Claro Solar, 2013; Ospina y Ospina, 2014), debe ser económico. Así, por ejemplo, el acreedor de la parte que ha enajenado un bien inmueble en virtud de un contrato de compraventa viciado con nulidad absoluta puede solicitar la nulidad de ese contrato, pues tiene un interés en que el bien siga en poder de su deudor para poder cobrar su deuda.

La ley ecuatoriana establece una excepción a la regla de que todo interesado puede solicitar la nulidad absoluta. La ley prohíbe solicitar la nulidad a quien celebra o ejecuta el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Los autores se refieren a esta regla como una consecuencia necesaria del principio de que una persona no puede beneficiarse de su propia

negligencia: *nemo autore propriam turpitudinem allegans* (Ospina y Ospina, 2014). Los autores señalan también que el conocimiento al que se refiere la ley no es la presunción general de conocimiento de la ley, sino que se trata de un conocimiento específico (Alessandri Besa, 2008). No puede solicitar la nulidad de un contrato de sicariato, el que pagó a otro para que asesine, pues todo el mundo sabe o debería saber que tal contrato tiene objeto ilícito. Pero sí puede solicitar la nulidad de un contrato de provisión de un medicamento cuya comercialización está prohibida en el Ecuador, la compañía farmacéutica extranjera que no sabía ni tenía por qué saber, que aquel medicamento constituye objeto ilícito en el Ecuador.

Sobre esta prohibición de alegar la nulidad, las cortes de justicia ecuatorianas han llegado a dos conclusiones. En primer lugar, se ha dicho que no puede alegar la nulidad el mandante por el acto celebrado por el mandatario que sabía o debía saber el vicio (Corte Suprema de Justicia, 28 de enero de 2003, Serie XVII No. 12; 8 de diciembre de 2009, Gaceta Judicial Serie XVIII No. 7). En segundo lugar, se ha dicho que la prohibición no aplica cuando se trata de vicios que afectan el orden público, las buenas costumbres y la inviolabilidad de las instituciones (Corte Suprema de Justicia, 25 de julio de 1998, Gaceta Judicial Serie XVI No. 12.), llegando a sostener, incluso, que esto significa que la prohibición de alegar la nulidad por parte de quien celebró el acto sabiendo o debiendo saber que era inválido aplica exclusivamente a contratos entre particulares y no cuando una de las partes es una institución pública (Corte Suprema de Justicia, 28 de octubre de 1999, Gaceta Judicial Serie XVII No. 2).

Además, de todo aquel que tenga un interés económico en que se declare la nulidad absoluta, la ley establece que el juez puede y debe declarar de oficio la nulidad absoluta de un acto cuando el vicio que lo invalida aparece de manifiesto (C.C. Art. 1699). Es una regla que contradice el principio de justicia rogada que informa al derecho privado en el Ecuador, pero que se justifica por el fin de preservación del interés general que tutela la nulidad absoluta.

De la lectura de la ley se concluye que deben cumplirse dos requisitos para que un juez pueda declarar la nulidad absoluta de oficio. Primero, el contrato debe haber sido introducido al proceso y, segundo, el vicio debe

aparecer de manifiesto. El contrato debe haber sido legalmente introducido al proceso pues no le es permitido al juez decidir sobre un asunto que no ha sido puesto en su conocimiento. Además, el vicio debe aparecer de manifiesto, lo que significa que el vicio sea patente en el mismo contrato, sin que haya necesidad de recurrir a otros elementos probatorios. Aparece de manifiesto que un contrato de compraventa es nulo por objeto ilícito si, por ejemplo, en la escritura pública se dice que se está vendiendo un parque público. Pero no aparece de manifiesto el vicio en el caso de la compraventa que se hace sobre un bien que tiene una prohibición de enajenar, si ésta no está anotada al margen de la escritura.

La ley prohíbe la ratificación de un contrato que adolece de nulidad absoluta. Esto es una consecuencia, en primer lugar, de que la nulidad absoluta protege el orden público, y el orden público está fuera del alcance de la autonomía de la voluntad; y, en segundo lugar, esto es una consecuencia de que la ley otorgue legitimación a varias personas para alegar la nulidad absoluta, porque la ratificación de una de esas personas supondría la renuncia al derecho ajeno de otra persona que ya no podría alegar la nulidad.

Según la ley ecuatoriana, un contrato absolutamente nulo queda saneado por el paso de quince años (C.C. Art. 1699). Parecería que la ley establece que, transcurrido un plazo de quince años desde que se celebró el contrato, se considera que el vicio que lo invalidaba ha desaparecido y el contrato se ve como si hubiera sido válido desde un principio. Según ha observado la doctrina, la nulidad absoluta no debería sanearse nunca, sino que sólo se debería permitir la prescripción adquisitiva extraordinaria de las situaciones de hecho. Según este criterio, las palabras de la ley deberían entenderse en el sentido de que no es que el contrato se sanea, sino que las situaciones de hecho se consolidan y prescriben las acciones para atacar su validez: “en doctrina pura, la nulidad absoluta no se sanea nunca, debido a que no es posible que el Derecho consolide situaciones ilícitas” (Alessandri Besa, 2008, p. 483).

5.2 Nulidad relativa

La nulidad relativa es la sanción impuesta al contrato que no cumple con requisitos que la ley ha establecido en consideración al interés de uno de los contratantes. Se trata de un beneficio que le permite a la persona protegida evadir el cumplimiento de la obligación que contrajo. El fundamento de la nulidad relativa no es el orden público, sino el interés particular de uno de los contratantes. En términos económicos, la nulidad relativa protege los casos de asimetría de información: una de las partes está en mejor posición que la otra respecto a la determinación del provecho que el contrato ha de reportarle.

Del hecho de que la nulidad relativa tenga un diferente fundamento que la nulidad absoluta, se siguen ciertas diferencias entre su régimen y el de la nulidad absoluta. La nulidad absoluta y la nulidad relativa se distinguen (1) en cuanto a las causales por las cuales proceden; (2) las personas que están legitimadas para solicitar que se declare la nulidad del contrato; y, (3) la posibilidad de saneamiento y prescripción.

A diferencia de lo que ocurre con la nulidad absoluta, la ley no enumera los casos de nulidad relativa, sino que se limita a decir que la nulidad relativa constituye la regla general y subsidiaria. Después de señalar los casos en que se produce nulidad absoluta, dice la ley ecuatoriana que "cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa" (C.C. Art. 1698). A falta de enumeración legal, los autores han señalado las causales de nulidad relativa, diciendo que hay nulidad relativa en los casos de vicios del consentimiento, lesión enorme, cuando se omiten formalidades exigidas en consideración al estado o calidad de las personas que celebran el contrato, y cuando el contrato ha sido celebrado por incapaces relativos (Claro Solar, 2013; Alessandri Besa, 2008; Ospina & Ospina, 2014).

La legitimación para solicitar la nulidad relativa es más limitada que la legitimación para solicitar la nulidad absoluta. Están legitimados para pedir que se declare la nulidad relativa de un contrato (1) las personas en cuyo beneficio han establecido las leyes la nulidad relativa; (2) sus herederos; y, (3) sus cesionarios (C.C. Art. 1700). Sólo están legitimados aquellos que la ley busca proteger. Si Polonio, un adulto, contrata con Reinaldo, un menor de 16

años, es Reinaldo quien puede solicitar la nulidad relativa, pero no Polonio. Esa es la razón por la que se llama "nulidad relativa": el contrato es nulo para uno y válido para otro. La nulidad relativa no se propone tutelar el interés general sino los intereses particulares de los contratantes, y por eso la ley no permite que la nulidad relativa sea declarada de oficio por el juez.

Las personas en cuyo beneficio la ley ha establecido la nulidad relativa varían dependiendo de la causal de nulidad. En el caso de los contratos en cuyo perfeccionamiento ha intervenido la voluntad viciada de una de las partes, la ley sólo permite solicitar la nulidad a la víctima del vicio. Por tanto, puede pedir la nulidad relativa el que dio su consentimiento en base a un error, el que fue coaccionado y el que fue engañado por su contraparte. En el caso de los contratos realizados por incapaces relativos, serán éstos los legitimados para solicitar la nulidad. Finalmente, en el caso de haberse omitido formalidades prescritas en consideración a la calidad o estado de la persona, sólo está legitimado para solicitar la nulidad la persona a quien la ley ha buscado proteger al establecer las formalidades. También están legitimados para solicitar la nulidad relativa del contrato los herederos de las personas en cuyo beneficio se ha establecido la nulidad. Para que proceda la legitimación es necesario que los herederos hayan aceptado la herencia, pues entonces se entiende que son los continuadores de la personalidad del beneficiado y que lo suceden en todos los derechos y obligaciones transmisibles. Por último, están facultados para pedir la nulidad relativa los cesionarios de las personas en cuyo beneficio la han establecido las leyes. Los autores discuten en cuanto a quienes debe considerarse como cesionarios para estos efectos. Según una opinión, se trata de los cesionarios del derecho de alegar la nulidad relativa. Según otra opinión, además de los cesionarios del derecho de alegar, también están legitimados los cesionarios de los derechos y acciones que emanen del contrato nulo.

La persona que tiene derecho para alegar la nulidad relativa tiene también el derecho para ratificar el contrato nulo (C.C. Art. 1700). La ratificación consiste en la renuncia de alegar la nulidad relativa y tiene como consecuencia la validación del contrato que originariamente fue nulo. La ratificación sólo procede una vez que el contrato se ha celebrado, pues la nulidad, por ser

de orden público, es una sanción a la que las partes no pueden renunciar anticipadamente. La ratificación del contrato relativamente nulo puede ser expresa o tácita (C.C. Art. 1710). Hay ratificación expresa cuando la parte que puede alegar la nulidad relativa renuncia a su derecho de alegarla mediante un acto jurídico unilateral. La ley exige que el acto de ratificación observe las mismas solemnidades que debió observar el contrato que se ratifica (C.C. Art. 1711). Hay ratificación tácita cuando la persona que puede alegar la nulidad relativa ejecuta, total o parcialmente, las obligaciones del contrato, siempre que esa ejecución sea voluntaria, esto es, con pleno conocimiento del vicio que invalida el acto (C.C. Art. 1712).

La nulidad relativa puede sanearse por el paso del tiempo (C.C. Art. 1700). La ley exige el transcurso de cuatro años para que prescriba el derecho de alegar la nulidad relativa de un contrato (C.C. Art. 1708). Pasados estos cuatros años, el contrato que originariamente fue nulo, es tenido por válido desde el día en que se celebró. Después de transcurrido el tiempo de cuatro años, la persona en cuyo beneficio estaba establecida la nulidad relativa no podrá pedir que se declare la nulidad del contrato. El plazo de prescripción se empieza a contar desde que la persona que puede alegar el derecho está en condición de alegarlo. Si el vicio del consentimiento que anula el contrato es la fuerza, deberá empezarse a contar el plazo desde que la fuerza ha cesado. Si la nulidad es consecuencia de que el contrato fue celebrado por un incapaz relativo, se empieza a contar desde que cesa la incapacidad (C.C. Art. 1708).

5.3 Declaratoria judicial y efectos de la nulidad entre las partes

Para que un contrato sea nulo debe existir una sentencia judicial con efecto de cosa juzgada que declare la nulidad del contrato (C.C. Art. 1704). Mientras dicha sentencia no exista, el contrato surte sus efectos como si fuese válido y las partes no pueden excusarse de cumplir sus respectivas obligaciones.

Para que una sentencia judicial tenga por consecuencia la anulación de un contrato deben cumplirse dos requisitos. El primer requisito es que la sentencia judicial tenga la fuerza y la autoridad de cosa juzgada. La cosa juzgada supone, básicamente, la inmutabilidad de la sentencia. El segundo

requisito es que la sentencia tiene que haber sido el resultado de un juicio seguido entre legítimos contradictores. Son legítimos contradictores todas las personas que celebraron el contrato cuya nulidad se pretende. Si alguna parte estaba compuesta por más de una persona, habrá un caso de litisconsorcio necesario.

Una vez declarada judicialmente la nulidad en una sentencia que tenga autoridad de cosa juzgada y que haya sido el resultado de un juicio entre legítimos contradictores, el contrato se entiende anulado. La consecuencia de esta sentencia judicial será que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de que el contrato fuera celebrado, el retorno al *status quo*. En el caso de que las obligaciones no se hayan cumplido, la declaratoria de nulidad sirve como medio de extinción de obligaciones: exime a las partes del deber de ejecutar sus obligaciones e impide exigir el cumplimiento de las obligaciones de su contraparte (C.C. Art. 1583.9). En el caso de que las obligaciones se hayan cumplido, total o parcialmente, cada contratante debe devolver lo que haya recibido en virtud del contrato nulo (C.C. Art. 1704). Para el caso en que las partes hayan entregado algo en virtud del contrato nulo, nace la obligación de restituir lo entregado aplicando, para el efecto, las reglas del poseedor vencido en la acción reivindicatoria. Cada uno de los contratantes responde por la pérdida de las especies y frutos, del abono de mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomando en consideración la buena o mala fe de las partes. El poseedor de buena fe no está obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda, sino únicamente de los que se perciban a partir del pronunciamiento de la sentencia. El poseedor de mala fe se encuentra obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, incluyendo los percibidos y los que el dueño hubiera podido percibir con mediana diligencia y actividad o, en su caso, el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo en que fueron percibidos (C.C. Art. 1704).

Hay dos excepciones a la regla que establece que la nulidad declarada judicialmente da derecho a las partes a volver al mismo estado que tenían antes de la celebración del acto. La primera excepción es que las partes no pueden repetir lo que han dado o pagado en razón de un objeto o causa ilícita a sabiendas. Así, si se declara nulo por tener objeto ilícito al contrato mediante

el cual se acordaba pagar una suma de dinero a cambio de que se disponga del derecho a suceder, la parte que pagó el dinero no podrá repetir lo dado. La segunda excepción se refiere a que si la causal de nulidad es la incapacidad de una de las partes, la otra parte no puede pedir restitución sino en cuanto probare que la persona incapaz se ha hecho más rica. Así, por ejemplo, si una persona celebra un contrato de préstamo con un demente que está bajo interdicción judicial y ese contrato luego se anula, no podrá pedirse la restitución del monto prestado si el demente despilfarró el dinero en apuestas.

5.4 Efectos de la declaratoria de nulidad frente a terceros

La regla general es que la nulidad judicialmente declarada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores (C.C. Art. 1706). La sentencia que declara la nulidad de un contrato tiene efecto retroactivo. Si se trata de un contrato que supuso la transferencia de un bien a favor de un tercero, la consecuencia de la declaratoria judicial de la nulidad es que se entenderá que esa transferencia nunca se realizó y que el bien nunca salió del dominio de la parte que intervino en el contrato: resuelto el derecho del que da, resuelto el derecho de quien recibe, *resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis*.

Según la opinión que ha sido tradicionalmente sostenida por la doctrina, la acción reivindicatoria procede contra terceros independientemente de que sean terceros de buena o terceros de mala fe, pues el Código Civil no hace diferencia (Claro Solar, 2013; Ospina y Ospina, 2014; Alessandri Besa, 2008). Así, pues, deberá restituir la cosa el tercero que la compró pensando que su vendedor la tenía en virtud de un contrato válido, al igual que aquel que sabía que su vendedor poseía en virtud de un contrato nulo. Según otro criterio, que encuentra soporte en el principio de respeto de las apariencias, mirado desde la perspectiva de quien adquiere algo en la justa creencia que lo adquiría lícitamente, aparece como una injusticia el privarlo de esa cosa en virtud de la nulidad de un contrato que sólo es una causa remota de su adquisición (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2014). Pero cualquiera que sea la opinión que se sostenga, queda claro que la reivindicación contra terceros tiene la clara excepción de que éstos no hayan adquirido los bienes por prescripción adquisitiva. Y, así, si el tercero ha estado cinco años en posesión ordinaria de

un inmueble, podrá evitar la reivindicación demostrando que ha adquirido el bien por prescripción.

Se ha discutido si la acción reivindicatoria procede contra terceros que no hayan sido parte del juicio en que se declaró la nulidad del acto. Es claro que se puede acumular en un mismo juicio la acción de nulidad contra las partes del contrato y la acción reivindicatoria contra los terceros poseedores. Sin embargo, no queda del todo claro cuáles son las consecuencias de no incluir a esos terceros en el juicio. Según un sector de la doctrina, los terceros poseedores son legítimos contradictores y deben ser escuchados en juicio, pues, en caso contrario, se estaría afectando su derecho a la defensa. Según otro sector, el Código Civil establece en la sentencia que declara la nulidad de un acto, una excepción al principio de que el fallo sólo obliga a quienes han sido parte en el juicio, pues la nulidad tiene efecto retroactivo y no es necesario contar con la presencia de los terceros poseedores cuando se discute la acción personal de nulidad (Ospina y Ospina, 2014; Alessandri Besa, 2008).

5.5 Indemnización de perjuicios

A más de la acción de nulidad, que es una acción restitutoria porque busca que las partes regresen al status quo, quien ha sido perjudicado por la declaratoria de nulidad de un contrato puede pedir la indemnización de daños. La ley ecuatoriana establece que “el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización” (C.C. Art. 2214). Un delito es un hecho “cometido con intención de dañar” y un cuasidelito es un hecho “culpable, pero cometido sin intención de dañar” (C.C. Art. 2184). Por lo tanto, si la nulidad fue el producto de la intención de dañar o de la culpa y la nulidad produjo un daño, la ley ecuatoriana permite a quien ha sido dañado exigir una indemnización. Por su puesto, se trata de una acción por responsabilidad extracontractual y no de responsabilidad contractual, pues, como señala la doctrina, con la declaratoria de nulidad no hay contrato (Alessandri Rodríguez, 2005).

El punto es importante. Restituir no es lo mismo que indemnizar. Mientras la restitución consiste en traspasar el bien dado en virtud del contrato nulo, la

indemnización consiste en reparar cualquier daño que la nulidad pueda haber producido. Romeo firma un contrato de mandato con Baltasar. Romeo paga USD 100 y Baltasar se compromete en administrar los negocios de Romeo en Verona mientras Romeo está en Mantua. Supongamos que el contrato es nulo porque Baltasar mintió sobre sus habilidades, se presentó como un estudiado y exitoso administrador cuando, en realidad, no lo era. Supongamos también que Baltasar administró muy mal los negocios de Romeo y le causó pérdidas económicas por USD 10.000. Si la acción de nulidad prospera, Romeo sólo tendría derecho a que se le regresen USD 100 (más intereses en aplicación de las reglas de las prestaciones del poseedor vencido), pero si la acción de indemnización prospera, Romeo podría recobrar los USD 10.000.

Es factible acumular la acción de nulidad, que busca la restitución, con la acción por delito o cuasidelito civil, que busca la indemnización. Así, si una parte de un contrato nulo ha sufrido un perjuicio por la nulidad del contrato, puede pedir que se anule el contrato y, además, que se le indemnice el perjuicio causado. La ley ecuatoriana expresamente establece la posibilidad de acumular pretensiones (Código Orgánico General de Procesos, Art. 145). De hecho, en al menos dos de los casos que hemos revisado*, Jaramillo* vs. *Cadena* y *Marchal* vs. *Elie*, la demanda no se limitó a pedir la nulidad sino que solicitó también la indemnización de perjuicios y, en los dos casos, la Corte Suprema de Justicia declaró la nulidad y, además, ordenó que se indemnice el daño causado.

Con todo, es importante observar la forma en que la acción de indemnización interactúa con las reglas de restituciones mutuas del poseedor vencido, que la ley ecuatoriana manda aplicar para las restituciones que deban hacerse por acción de nulidad. En realidad, las prestaciones mutuas contienen reglas de indemnización. La ley habla de restitución de la cosa y sus frutos junto con la responsabilidad por los deterioros sufridos por la cosa. El poseedor de mala fe es responsable de los deterioros que por su culpa ha sufrido la cosa, en tanto que el poseedor de buena fe no es responsable de estos deterioros sino en cuanto se hubiere aprovechado de ellos. El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino también los que el dueño hubiera podido percibir con mediana

inteligencia y actividad, y el poseedor de buena fe, no (C.C. Arts. 948-958). El punto es que no puede haber una doble indemnización. Algunas de las prestaciones que debe el poseedor vencido tienen carácter indemnizatorio y, en consecuencia, pagadas en un juicio de nulidad, no deben ser pagadas en un juicio por daños. Si la reparación que se ha logrado como resultado de las prestaciones mutuas es parcial, puede intentarse un acción indemnizatoria pero solo por el monto no solucionado.

5.6 Inexistencia

Un contrato es inexistente cuando carece de los elementos esenciales para su perfeccionamiento. Son elementos esenciales de un contrato aquellos que hacen que el contrato sea lo que es, y no otra cosa distinta, al punto en que, si faltan, el contrato pierde su identidad propia. Los elementos esenciales de todo contrato son la voluntad, el objeto y, en el caso de los contratos solemnes, el cumplimiento de la solemnidad. Si cualquiera de esos elementos falta, no se puede decir que haya contrato. Habrá cualquier otra cosa, pero contrato no.

La inexistencia se diferencia de la nulidad. Un contrato inexistente carece de los elementos esenciales para la conformación de un contrato. Un contrato nulo es aquel que cumple con los elementos esenciales para su existencia, pero adolece de la falta de uno cualquiera de los requisitos de validez: falta la capacidad, el consentimiento libre, el objeto lícito o la causa lícita. En el ejemplo típico, un contrato de compraventa en el que no haya ni cosa ni precio, no es contrato, es inexistente. En cambio, un contrato de compraventa en el que se haya vendido algo que las leyes prohíben vender, es un contrato existente pero nulo por tener objeto ilícito.

La ley de los contratos inexistentes puede resumirse en tres reglas. La primera regla es que la inexistencia del contrato se produce *ipso iure* o de pleno derecho. La segunda regla es que el contrato inexistente no puede sanearse. Y, la tercera regla es que cualquier persona puede alegar la inexistencia del contrato al que le falta algún requisito esencial.

La inexistencia se produce de pleno derecho y, por tanto, no es necesaria una sentencia judicial que invalide el contrato. En el caso de que las partes le

hayan atribuido efectos al contrato, cualquier persona puede desconocer esos efectos y destruir las situaciones de hecho sin necesidad de que preceda una declaratoria judicial de inexistencia. Así, por ejemplo, en el caso de un contrato de compraventa inexistente en que una de las partes ha tomado posesión de la cosa, el dueño de esa cosa puede intentar la acción reivindicatoria sin necesidad de obtener primero una sentencia judicial que declare que la compraventa no existe jurídicamente.

El contrato inexistente no puede sanearse. Esto significa, por un lado, que el paso del tiempo no puede volver existente al contrato que nunca llegó a perfeccionarse. Puede ocurrir que por prescripción adquisitiva se obtenga la consolidación de ciertas situaciones de hecho, pero, en este caso, no es que el contrato se sanea, sino que las situaciones de hecho se afirman en virtud de la prescripción. Por otro lado, que el contrato inexistente no puede sanearse significa que las partes no podrán celebrar un contrato de convalidación que le de eficacia retroactiva al contrato que no llegó a configurarse. Tal contrato carecería de objeto. Esto no obsta, como es natural, a que las partes celebren un nuevo contrato que surta efectos para el futuro.

Finalmente, la inexistencia tiene efecto *erga omnes*. Esto significa que cualquier persona (incluso quien celebró el contrato sabiendo o debiendo saber que éste carecía de alguno de sus elementos esenciales y era, por tanto, inexistente), está legitimada para invocar la inexistencia de un contrato que se pretende oponer. No aplica la norma de que quien celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio no puede alegar la nulidad, porque esa regla es aplicable a la nulidad y no a la inexistencia. En realidad, la inexistencia es un vicio tan radical que se permite a toda persona, sin excepción, alegar la inexistencia de un contrato y beneficiarse de dicha inexistencia. El principio de *nemo autore propriam turpitudinem allegans* no aplica.

Las reglas de la inexistencia de los contratos encuentran un campo fértil de aplicación práctica en los contratos de venta de inmuebles hechos por escritura privada. La ley ecuatoriana establece que la venta de inmuebles es un contrato solemne que no se perfecciona sino por escritura pública. Dice la ley que “la venta de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura

pública" (C.C. Art. 1740). Dado que la venta de inmuebles es solemne, la falta de escritura pública hace que el contrato sea inexistente. Por lo tanto, no es necesaria una sentencia de nulidad para que el verdadero dueño reivindique el inmueble, porque semejante acuerdo no se sanea con el paso del tiempo, y cualquier persona, incluidas las partes que firmaron la escritura privada, pueden alegar la inexistencia del contrato.

Los contratos inexistentes no están sistemáticamente regulados en la ley ecuatoriana. Esto ha creado un encuentro de opiniones entre los autores sobre el reconocimiento de la inexistencia jurídica en nuestro ordenamiento jurídico. Según una primera opinión, la ley sí reconoce los contratos inexistentes (Claro Solar, 2013; Ospina y Ospina, 2014). Se sostiene que aunque no se contemple una regulación sistematizada, ciertas disposiciones de la ley permiten concluir muy fácilmente que sí se los reconoce. Así, en primer lugar, la ley distingue en los contratos las cosas que son de su esencia, de su naturaleza y las accidentales, y establece que si faltan las cosas de la esencia, el contrato no surte efecto alguno (C.C. Art. 1460). La ley se refiere a los elementos esenciales comunes a todos los contratos y señala, de manera general, que si falta la formalidad en los contratos solemnes éstos no surtirán ningún efecto, "se mirarán como no ejecutados" (C.C. Art. 1718); y, que para que haya un contrato, éste debe tener un objeto, pues "toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer" (C.C. Art. 1476). Además, al regular contratos específicos, el Código Civil declara que esos contratos no existen en caso de que no cumplan con sus requisitos esenciales (C.C. Arts. 1740, 1748, 1753). Según una segunda opinión, la ley no reconoce la noción de inexistencia del contrato. Todos los casos en que los contratos no cumplen con sus elementos esenciales se encuadran en el régimen de la nulidad absoluta (Alessandri Besa, 2008). Se argumenta que la ley en ningún lugar dice que un contrato pueda ser tenido por inexistente, y que el Título XX del Código Civil, que es el único título dedicado a regular la sanción de ineficacia de los contratos en el Derecho privado, sólo habla de nulidad absoluta y de nulidad relativa, pero no de inexistencia. Además, los partidarios de esta opinión señalan que los incapaces absolutos no tienen voluntad y que, a pesar de eso, sus contratos son sancionados por el Código Civil con la nulidad absoluta y no con la inexistencia.

Sobre el punto, la jurisprudencia ecuatoriana no es uniforme. En algunos fallos la corte de casación del Ecuador ha declarado nulos absolutamente a los contratos a los que les falta alguno de sus requisitos esenciales y ha dicho que la inexistencia no tiene cabida en el derecho privado ecuatoriano (Corte Suprema de Justicia, 8 de febrero de 2001, Gaceta Judicial Serie XVII No. 4; 23 de septiembre de 2002, Gaceta Judicial Serie XVII No. 10; Corte Nacional de Justicia, 8 de diciembre de 2009, Gaceta Judicial Serie XVIII No. 7). Mientras que, en otros fallos, la corte ha señalado que los contratos que carecen de sus requisitos esenciales deben ser tenidos por inexistentes y que no es necesaria que sea declarada su ineficacia para que sean desconocidos sus efectos (Corte Suprema de Justicia, 16 de mayo de 2001, Gaceta judicial Serie XVII, No. 6; 29 de agosto de 2001, Gaceta Judicial Serie XVII No. 7; 25 de enero de 2006, Gaceta Judicial Serie XVIII No. 2).

Capítulo 6

6. Incumplimiento

Le preguntan a Lady Macduff qué es un traidor. “Es el que jura y miente” responde, y añade: “quienquiera que lo haga es un traidor, y debe ser ahorcado”. El contrato es un acuerdo de voluntades en que las partes se han comprometido a llevar a cabo una conducta que puede consistir en dar, hacer o no hacer algo. Cuando una parte no cumple con la conducta prometida, falta a su palabra, dice que va a actuar de una manera y termina actuando de otra. Así, el que incumple un contrato miente y es, en palabras de Lady Macduff, el personaje del *Macbeth* de Shakespeare, un traidor.

La ley debería, por regla general, reprochar la conducta de quien incumple un contrato. El incumplimiento del contrato supone una mentira, y las mentiras atentan contra la autonomía personal porque quien celebra un contrato confía en la palabra de su contraparte y desarrolla un proyecto personal en base a esa confianza: realiza inversiones, rechaza oportunidades, adquiere deudas. Si su contraparte incumple, su confianza se ve defraudada y su proyecto personal se ve atacado. Además, la ley debería reprochar el incumplimiento de un contrato porque no hacerlo sería una amenaza para la correcta asignación de recursos. Los contratos generan eficiencia porque transfieren los bienes y servicios de un uso menos valioso a un uso más valioso. Si una parte del contrato puede incumplir sin que haya consecuencias, existirán pocos incentivos para que se celebren contratos. Sin contratos, los bienes y servicios no serán eficientemente asignados.

Las reglas que reprochan el incumplimiento contractual son especialmente necesarias en el caso de los contratos cuyo cumplimiento no es instantáneo. Cuando el contrato se celebra de forma instantánea, el incumplimiento de una parte puede no significar un problema. Macbeth va a la tienda de Herrero a comprar un cuchillo que cuesta USD 10. Si Macbeth no da los USD 10, Herrero no le da el cuchillo; si Herrero no da el cuchillo, Macbeth no da los USD 10. Pero en los contratos de cumplimiento escalonado la cuestión es distinta. Macbeth acuerda con Herrero que éste le fabricará un cuchillo y, a cambio, recibirá USD 10 por hacerlo. Si Macbeth acuerda que pagará los USD

10 hoy, y que Herrero entregará el cuchillo después de una semana, tenemos un posible problema de comportamiento estratégico. Herrero obtiene lo que quiere hoy, y podría no tener un incentivo para fabricar el cuchillo. Herrero podría guardarse los USD 10 en el bolsillo, irse a Inglaterra y no volver nunca más. La ley prescribe un conjunto de reglas para el caso en que una persona incumpla el contrato que celebró. Vamos a dedicar este capítulo a revisar esas reglas.

6.1 Incumplimiento del contrato

Hay incumplimiento contractual cuando no se cumple con las obligaciones que el contrato ha generado y, también, cuando se cumplen imperfectamente o cuando se retarda su cumplimiento (C.C. Art. 1572). Si Herrero ha celebrado un contrato con Macbeth en virtud del cual se ha obligado a entregar un cuchillo en una semana, hay incumplimiento (1) si Herrero nunca entrega el cuchillo; o (2) si entrega una cuchara en vez de un cuchillo; o (3) si entrega el cuchillo después de dos semanas.

Para el caso del incumplimiento de un contrato, la ley ecuatoriana establece la regla general de que el acreedor de la obligación contractual incumplida tiene el derecho de acudir donde un juez y solicitar, a su elección, que el contrato se cumpla forzadamente o que el contrato se resuelva, y, en cualquiera de los dos casos, puede solicitar, además, que el deudor de la obligación contractual incumplida le indemnice el daño ocasionado.[8]

6.2 Cumplimiento forzado

La primera opción que tiene el acreedor es solicitar al juez el cumplimiento forzado del contrato. Esta opción se materializa en dos pasos. Primero, el juez debe reconocer que el contrato es válido y debe declarar que el actor tiene derecho a que la obligación se cumpla. Segundo, el juez, mediante el auxilio de la fuerza pública, debe coaccionar al deudor renuente a cumplir con la obligación. Este segundo paso depende del tipo de obligación incumplida. Se

[8] La ley ecuatoriana establece la regla en el artículo 1505 del Código Civil para el caso de los contratos sinalagmáticos, esto es, los contratos que generan obligaciones para las dos partes. Dice el artículo que "en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado", en cuyo caso "podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del

distingue entre obligaciones de dar, obligaciones de hacer y obligaciones de no hacer.

Si la obligación incumplida es de dar, hay que diferenciar entre obligaciones de dar un cuerpo cierto y obligaciones de dar cosas determinadas por el género. Si la cosa debida es un cuerpo cierto, el juez debe ordenar que la cosa se aprehenda y que se entregue al acreedor. En caso de que la cosa no pueda ser entregada, el juez debe ordenar que el deudor consigne el valor de la cosa al precio de reposición (Código Orgánico General de Procesos, Art. 366). Si lo que se debe es una cosa determinada por el género, el juez debe ordenar que se consigne la cosa, y si no se consigna, el juez debe ordenar el embargo (Código Orgánico General de Procesos, Art. 367). Banquo le debe a Macbeth la corona que usaba Duncan y no se la da. Como se trata de una obligación de dar un cuerpo cierto, el juez debe ordenar que la corona se aprehenda y sea entregada a Macbeth. En el caso en que se haya destruido la corona, el juez debe ordenar que Banquo consigne una cantidad de dinero que permita comprar una corona similar. Por otro lado, si Banquo incumple la obligación que tiene con Macbeth de darle cien litros de vino, esto es, una obligación de dar una cosa determinada por el género, el juez debe ordenar que el deudor consigne los cien litros de vino bajo pena de proceder al embargo.

Si la obligación incumplida consiste en hacer algo a favor del acreedor, la cuestión se complica. Coaccionar a alguien a hacer lo que no quiere hacer es utilizarlo como si fuese un objeto, como un esclavo. Incumplir un contrato no puede transformar a una persona en esclavo. Por eso la ley establece que en el caso de que el acreedor exija el cumplimiento forzado de una obligación de hacer, el juez debe darle al deudor un tiempo para que realice el hecho,

---

contrato, con indemnización de perjuicios." La regla es conocida bajo el nombre de *condición resolutoria tácita*. Es condición, porque depende el hecho futuro e incierto de que una parte incumpla. Y es tácita, porque es una regla que pertenece al contrato aún cuando las partes no se hayan referido a ella. Los autores no están de acuerdo sobre si la regla también se aplica a los contratos unilaterales, esto es, a los que sólo generan obligaciones para uno de los contratantes. Así, por ejemplo, Luis Claro Solar sostiene que el artículo también aplica para los contratos unilaterales (2013); y, René Abeliuk cree que "la resolución no puede tener lugar en los contratos unilaterales, y normalmente se traduciría en una anticipación en el cumplimiento de la obligación, una especie de caducidad del plazo del incumplimiento" (2001, p. 466).

y si pasado ese tiempo el hecho no se realiza, el juez debe ordenar que un tercero escogido por el acreedor realice el hecho y que el deudor asuma el costo (Código Orgánico General de Procesos, Art. 368). Si Herrero no cumple con su obligación de fabricar un cuchillo, el juez debe darle unos días para que lo fabrique y, pasados esos días, Macbeth puede escoger a un tercero que fabrique el cuchillo y Herrero deberá pagar lo que el tercero cobre. Con todo, si el hecho consiste en celebrar un acto jurídico, como firmar una escritura o celebrar un contrato, el juez podrá hacerlo en representación del deudor (Código Orgánico General de Procesos, Art. 368).

En caso de que la obligación incumplida sea una obligación de no hacer, el cumplimiento forzado se vuelve virtualmente imposible. Las obligaciones de no hacer se incumplen haciendo y, como nos recuerda Lady Macbeth, "hecho está lo hecho" (Shakespeare, 1606/2012, III.II). Si Banquo se compromete a guardar un secreto de Macbeth pero, incumpliendo con la obligación, revela el secreto, será imposible deshacer lo hecho porque "hecho está lo hecho." La ley establece que el juez debe ordenar al deudor deshacer lo hecho concediéndole un tiempo. En caso de que pase ese tiempo sin que se deshaga lo hecho, se permitirá que el acreedor deshaga a expensas del deudor. Pero la ley reconoce que deshacer lo hecho puede ser imposible y prescribe que "si no es posible deshacer lo hecho, se ordenará que la o el demandado consigne la cantidad correspondiente al monto de la indemnización" (Código Orgánico General de Procesos Art. 369).

6.3 Resolución del contrato

La segunda opción que tiene el acreedor de una obligación contractual incumplida es solicitar la resolución del contrato. La resolución consiste en hacer que el contrato pierda su eficacia. Con respecto al futuro, esto significa que las partes quedan liberadas de cumplir con las obligaciones creadas por el contrato. Con respecto al pasado, la resolución del contrato supone que las partes deben restituir todo lo que hayan adquirido como consecuencia del contrato. Si Herrero incumple su obligación no dando el cuchillo a Macbeth, Macbeth puede solicitar a un juez que resuelva el contrato. La resolución tendrá como consecuencia que Herrero ya no tenga que dar el cuchillo y, además, que deba devolver los USD 10 que recibió de Macbeth.

La resolución puede afectar a terceros, pero no es claro en qué medida. Supongamos que en el contrato entre Herrero y Macbeth, Herrero entregó el cuchillo a Macbeth y Macbeth no pagó el precio. Supongamos también que Macbeth enajenó el cuchillo a Banquo. Si se declara la resolución del contrato, ¿puede Herrero demandar a Banquo la restitución del cuchillo? Los autores parecen estar de acuerdo en que si el tercero es de buena fe, la resolución del contrato no la afecta y que el acreedor no podría, por ejemplo, intentar una acción reivindicatoria para apropiarse de un bien que el tercero tiene. En cambio, si el tercero es de mala fe, esto es, si tenía conocimiento del incumplimiento y a pesar de ello adquirió la cosa, la resolución si lo afecta y el acreedor podría, por ejemplo, intentar una acción reivindicatoria en su contra (Ospina y Ospina, 2014).[9] Así, en el ejemplo, si Banquo adquirió el cuchillo sin saber que Macbeth no iba a pagarle a Herrero, Herrero no puede reivindicarlo. En cambio, si Banquo adquirió el cuchillo sabiendo que Macbeth no iba a pagarle a Herrero, sí cabría la reivindicación.

6.4 Incumplimiento parcial y regla de la mora purga la mora

Dos puntos más con respecto al incumplimiento. Primero: las reglas del incumplimiento aplican a los incumplimientos totales, pero también a los incumplimientos parciales siempre que el incumplimiento sea principal. Segundo: para poder invocar las reglas del incumplimiento, el acreedor debe haber cumplido o estar dispuesto a cumplir con sus obligaciones.

El incumplimiento total permitirá que el acreedor elija entre solicitar el cumplimiento forzado o pedir la resolución del contrato. En caso de que Banquo se haya obligado a dar cien litros de vino en un mes y pasado el mes no da el vino, es obvio que las reglas del incumplimiento del contrato aplican. Pero, ¿qué ocurre si el incumplimiento es parcial?, ¿qué ocurre si, por ejemplo,

[9] Un argumento para soportar esta teoría sería la aplicación analógica de los artículos 1506 y 1507 del Código Civil que se refieren al cumplimiento de la condición resolutoria. Dice el artículo 1506 que "Si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho a reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe." Y dice el artículo 1507 que "Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito, u otorgado por escritura pública".

Banquo entrega noventa litros de vino en vez de cien? Hay buenas razones para concluir que un incumplimiento parcial permite la activación de las reglas del incumplimiento si, y solo si, la parte de contrato que no se ha cumplido es una parte sustancial, esto es, una obligación ligada a la causa del contrato al punto que sin esa obligación las partes no hubiesen contratado. Exigir la resolución del contrato cuando sólo se ha incumplido una parte secundaria del contrato parece contradecir el principio de buena fe que debe gobernar la ejecución de los contratos (C.C. Art. 1562): se entiende que las partes contratan para cumplir y no para buscar cualquier excusa para incumplir. Además, la ley ecuatoriana prescribe que si un contrato puede preservarse, debe preservarse. A propósito del caso en que se debe un cuerpo cierto que se destruye, la ley señala que sólo "lo que destruye la aptitud de la cosa para el objeto a que según su naturaleza o según la convención se destina, se entiende destruir la cosa" (C.C. Art. 1502), dando a entender que cualquier mengua secundaria de la cosa no se entiende como destruirla, ni produce la extinción de la obligación de dar la cosa.

Para poder invocar la opción de escoger entre que se cumpla o se resuelva el contrato, la ley exige que la parte que invoca la opción debe haber cumplido con su parte del contrato o estar dispuesto a cumplir. Dice la ley ecuatoriana que "en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempos debidos" (C.C. Art. 1568). Es el principio de que la *mora purga la mora*. Quien reclama por el incumplimiento de un contrato debe reclamar con manos limpias, esto es, habiendo cumplido con su parte del contrato o estando dispuesto a cumplirla.

6.5 La indemnización

Sea que solicite el cumplimiento forzado de la obligación contractual incumplida o que solicite la resolución del contrato, el acreedor también puede solicitar la indemnización del daño. Dicho de otra forma: el pago de una indemnización se acumula o al cumplimiento forzado o a la resolución del contrato.

Pero no todo incumplimiento contractual da derecho a solicitar la indemnización. Para que proceda la indemnización deben cumplirse cuatro requisitos: (1) el incumplimiento tiene que ser el resultado de *culpa* o *dolo*; (2) el incumplimiento tiene que haber ocasionado un *daño*; (3) entre el incumplimiento y el daño debe haber una *relación de causalidad*; y, (4) el deudor debe estar constituido en *mora*. Sólo cuando se cumplen estos cuatro requisitos el juez puede condenar al deudor a pagar una indemnización.

Culpa es la falta de diligencia debida. Para determinar cuál es la diligencia debida, la ley ecuatoriana establece el uso de un modelo abstracto de persona. Nos imaginamos cómo hubiese actuado bajo determinadas circunstancias una persona ideal, y si el deudor no actuó de esa manera, se entiende que obró culpablemente. Por eso se dice que la culpa se aprecia *in abstracto*. La culpa no depende de las intenciones o de las habilidades particulares del deudor, sino del hecho de haber adecuado o no su conducta a un modelo abstracto de comportamiento.

Para determinar el modelo abstracto de comportamiento, la ley distingue entre tres grados de culpa, y señala que para un tipo de contrato corresponde un grado de culpa en particular. La ley distingue entre culpa grave, culpa leve y culpa levísima. La culpa grave "consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios"; la culpa leve "es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios"; y, la culpa levísima "es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes" (C.C. Art. 29).

Dependiendo de la utilidad que el contrato reporta a una parte, la ley exige un grado de culpa distinto. Si el contrato sólo es útil para el acreedor, el deudor sólo responde de culpa grave. Si el contrato es útil para el acreedor y para el deudor, el deudor responde de culpa leve. Y si el contrato sólo es útil para el deudor, el deudor responde de culpa levísima (C.C. Art. 1563). Así que, en definitiva, sabemos cuál es el modelo abstracto de comportamiento atendiendo a la utilidad del contrato. La idea parece ser que el beneficio personal y el grado de diligencia están en relación de proporción directa. A mayor beneficio, mayor

utilidad. Si el contrato es útil sólo a la otra parte, el modelo de comportamiento es el de una persona relajada que toma las mínimas precauciones. Si el contrato es útil a las dos partes, el modelo es el de una persona razonable, que toma las medidas que la prudencia ordinaria requiere. Finalmente, si el único que se beneficia del contrato es uno mismo, el modelo de conducta es el nivel de cuidado extremo que ameritan los asuntos más importantes.

Dolo es, en cambio, el ánimo de causar daño. Dice la ley ecuatoriana que "el dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro" (C.C. Art. 29). A diferencia de lo que ocurre con la culpa, el dolo se aprecia en concreto. Esto quiere decir que para saber si una persona incumplió un contrato dolosamente hay que hacer una investigación sicológica. Se debe concluir que la persona previó el daño a la persona y realizó una actuación encaminada a lograr ese daño. Precisamente porque se trata de una investigación sicológica, la prueba del dolo puede ser difícil y, hasta cierto punto, imposible.

Los autores se han preguntado por el significado del dolo en el incumplimiento de un contrato. ¿Exactamente en qué consiste la intención de irrogar injuria en el incumplimiento del contrato? ¿Consiste en saber y querer que se incumpla el contrato o consiste en saber y querer el daño específico que el incumplimiento produzca en el acreedor? Según un autor, "no es necesario que el deudor contractual tenga la intención de causarle daño con su incumplimiento al acreedor para que haya dolo, sino que basta el incumplimiento deliberado del deudor, así no tenga la intención de dañar", puesto que "es prácticamente imposible demostrar que con el incumplimiento el deudor tenía la intención de perjudicar a su acreedor" (Tamayo, 2007, pp. 219-220).

La culpa y el dolo son requisitos para que proceda la indemnización de perjuicios. Si el incumplimiento no se debe a culpa o dolo, no cabe la indemnización. Si el deudor obró diligentemente, la ley no tiene nada que reprochar, ni se encuentra ningún beneficio en hacer al deudor asumir el costo del incumplimiento.

Daño es la pérdida que sufre el acreedor como consecuencia del incumplimiento del contrato. Hay daño cuando el acreedor está en una peor

situación que la que tuviese si el contrato se hubiese cumplido perfecta y oportunamente. En términos aritméticos, el daño es el resultado de restar la situación actual del acreedor a la situación que tuviese si el contrato se hubiese cumplido perfectamente. Duncan celebra un contrato con Macbeth en virtud del cual Duncan deja que Macbeth viva en su castillo y, como contraprestación, Macbeth se obliga a pagar una renta y a cuidar del castillo. Si Macbeth prepara una fogata cerca de las cortinas de la ventana del castillo y las cortinas se incendian, se ha causado un daño. Duncan está ahorita peor que como estuviese si Macbeth hubiese cumplido el contrato. Debería tener un castillo con cortinas, y ahora tiene un castillo sin cortinas. El daño equivale a las cortinas.

El daño es requisito de la indemnización en el sentido de que sin daño no hay derecho a solicitar la indemnización. Pensemos que en el contrato entre Duncan y Macbeth, las partes expresamente estipularon que Macbeth no podía hacer ningún cambio en el castillo. Supongamos que Macbeth advierte que el piso del castillo está en mal estado, y decide remover el piso e instalar losas de un hermoso mármol italiano. Bajo todo criterio estético y económico, el castillo está mejor de lo que estaba antes, así que Duncan no ha sufrido un daño, pues tenía un castillo con un piso en mal estado y ahora tiene un castillo con un bello piso de mármol. En este caso no cabe la indemnización.

Para que haya lugar a la indemnización se exige que haya una relación de causalidad entre la actuación culpable o dolosa del deudor y el daño sufrido por el acreedor. Hay relación de causalidad cuando el daño es una consecuencia necesaria y directa de la actuación del deudor. El daño es una consecuencia necesaria de la actuación del deudor cuando, de no ser por esa actuación, el daño no se hubiese producido. Y el daño es una consecuencia directa de la actuación del deudor cuando, en un curso ordinario y no extravagante de eventos, esa actuación produce ese daño. En el ejemplo de las cortinas del castillo de Duncan, la actuación de Macbeth es una consecuencia necesaria y directa del daño de Duncan. Si Macbeth no hubiese fumado cerca de la cortinas, las cortinas no se hubiesen incendiado y el hecho de fumar cerca de las cortinas puede producir, en un curso ordinario y no extravagante de eventos, que las cortinas se incendien.

Se necesita que exista una relación de causalidad entre la actuación del deudor y el daño producido, por una elemental razón de justicia. Condenar a una persona por algo que ni hizo ni pudo evitar que se haga es injusto. Por eso, si el incumplimiento es el producto de un caso fortuito, esto es, "el imprevisto a que no es posible resistir" (C.C. Art. 30), el acreedor debe sufrir el incumplimiento del contrato y no puede reclamar al deudor que le indemnice. Si las cortinas del castillo de Duncan se incendian no debido a que Macbeth preparó una fogata cerca, sino porque un rayo les cayó encima o porque Banquo les prendió fuego, sería injusto condenar a Macbeth a indemnizar el daño.

Mora es el retardo culpable en el cumplimiento de la obligación unido al requerimiento del acreedor. Para que el deudor esté en mora deben cumplirse tres requisitos. Primero, debe haber un retardo, esto es, el deudor no debe haber realizado la prestación debida en el momento en que ésta era exigible. Segundo, debe haber culpa, es decir, el retardo en el cumplimiento tiene que ser la consecuencia de la falta de diligencia debida del deudor. Y, tercero, debe haber un requerimiento, esto es, un acto formal mediante el cual el acreedor le exige el cumplimiento de la obligación al deudor. Es acto formal porque debe hacerse a través de una diligencia notarial (Ley Notarial, Art. 18.18) o judicial (C.C. Art. 1567.3) aunque, en la práctica, la regla general es que un deudor se constituya en mora como consecuencia de la citación de la demanda (Código Orgánico General de Procesos, Art. 64.3). Llamadas, cartas o correos electrónicos no sirven para constituir al deudor en mora.

La ley establece dos excepciones a la necesidad de que haya requerimiento para la constitución del deudor en mora. Dice la ley ecuatoriana que el deudor está en mora "cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley […] exija que se requiera al deudor" (C.C. Art. 1567.1). Se trata del principio de que el día interpela por el hombre. Herrero debía dar el cuchillo en siete días, llega el octavo día sin que el cuchillo se entregue y Herrero está en mora. Además, también se entiende que hay mora "cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla" (C.C. Art. 1567.2). Macbeth contrató a Músico para que toque la gaita el día de su

coronación. Si Músico no se aparece el día de la coronación se entiende que está constituido en mora, porque su obligación de tocar la gaita sólo se podía cumplir el día de la coronación, y Macbeth no debe requerir.

La mora es un requisito para que proceda la indemnización. Dice la ley ecuatoriana que "se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención" (C.C. Art. 1573). Los autores explican la necesidad del requisito de la mora, y en particular la necesidad de que haya requerimiento. Se dice que antes del requerimiento "se considera que dicho acreedor no sufre perjuicio alguno por el retardo; su silencio se interpreta como la concesión tácita de un plazo de gracia" (Ospina, 2014, pp. 95-96).

Las partes pueden modificar las reglas sobre la indemnización. La libertad para celebrar un contrato incluye la libertad para estipular sus términos y, por lo tanto, acordar que las reglas sobre indemnización no sean las reglas que, supletoriamente, establece la ley. De hecho, la propia ley prescribe la posibilidad de modificar las reglas relativas a la culpa o el dolo (C.C. Art. 1563) y la posibilidad de que las partes establezcan una cláusula penal que elimine la necesidad de que haya un daño para que proceda la indemnización (C.C. Arts. 1551 y 1558). Con todo, esta libertad encuentra un límite en la condonación del dolo futuro y en la condonación de la culpa grave futura. Según vimos, la ley establece que hay objeto ilícito en la condonación del dolo futuro (C.C. Art. 1481), y la ley equipara el dolo y la culpa grave para efectos civiles (C.C. Art. 29).

Romero vs. *Sistemseg Prana* (Expediente de Casación 254, R.O. 423 de 22 de diciembre de 2006), es un caso fallado por la Corte Suprema de Justicia del Ecuador en el que se puede ver como interactúan las reglas de la indemnización contractual en la práctica. Romero, el actor, celebró un contrato de prestación de servicios con la compañía Sistemseg Prana, la demandada. En virtud del contrato, Romero se obligaba a pagar un precio y Sistemseg Prana se obligaba a brindar el servicio de vigilancia a la casa de Romero. En el contrato se estipulaba que Sistemseg Prana debía instalar un sistema de alarmas en la casa de Romero y que, en caso de que las alarmas se activen, Sistemseg Prana debía seguir un procedimiento que, en resumen, consistía en

enviar personal al lugar para verificar la situación, llamar a distintos números telefónicos de Romero para preguntar si se trataba de una falsa alarma y, además, comunicarse con la central de radio patrullas de la policía.

Además, en el contrato se estableció que en caso de producirse un robo a la casa de Romero, Sistemseg Prana sólo debía restituir el precio pagado por Romero y que no se hacía responsable por ningún otro monto en concepto de indemnización. En juicio se demostró que, en ausencia de Romero, delincuentes habían ingresado a la casa, que las alarmas habían sonado y que Sistemseg Prana no había seguido el procedimiento establecido en el contrato: el personal enviado no verificó la situación, no se llamaron a todos los números telefónicos de Romero y nunca se contactó a la policía.

Romero demandó a Sistemseg Prana la resolución del contrato más la indemnización de los perjuicios. Romero solicitaba que se le devuelva el precio pagado pero que, además, se le pague una cantidad de dinero equivalente a todos los bienes que los ladrones se le llevaron. Sistemseg Prana opuso, entre otras, dos excepciones principales. Primero, argumentó que no existía relación de causalidad entre el incumplimiento contractual (no haber verificado el lugar, no haber hecho las llamadas, no haber contactado a la policía) y el perjuicio sufrido por Romero. Según Sistemseg Prana, aún en caso de que la compañía hubiese cumplido el contrato, los ladrones se hubiesen llevado las pertenencias. Segundo, la compañía invocó la cláusula de limitación de responsabilidad. Según Sistemseg Prana, aún en el caso en que pudiese ser hecha responsable por el robo, sólo debía devolver el dinero recibido en virtud del contrato, y no debía indemnizar los daños sufridos por Romero.

Con respecto a la primera excepción, la corte reconoció la validez del argumento en abstracto: “si el personal de Sistemseg Prana Cía. Ltda. hubiera actuado con diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones y aun así se hubiera producido el robo, entonces el accionante no tendría derecho a pedir indemnización”. En definitiva, la corte estuvo de acuerdo con la idea de que se rompe el nexo causal si se demuestra que, a pesar de haber cumplido las obligaciones contractuales, el daño de todos modos se hubiese producido. Sin embargo, la corte concluyó que no era el caso. Según la corte, si la demandada hubiese cumplido el contrato, “muy probablemente se hubiera descubierto que

había un robo en progreso, con lo cual éste se hubiera evitado, o al menos, atenuado su cuantía", por lo que, en el caso, sí existía nexo causal entre el incumplimiento y el daño.

Con respecto a la segunda excepción, la limitación de responsabilidad acordada en el contrato, la corte dijo que la cláusula no tenía valor legal. Primero, porque se trataba de un contrato protegido por la Ley de Defensa del Consumidor, que establece que es un derecho fundamental del consumidor ser indemnizado y, como derecho fundamental, el actor no podía renunciar válidamente a ese derecho. Segundo, porque la cláusula no exoneraba de responsabilidad en caso de dolo o culpa grave y en el caso, opinó la corte, había habido culpa grave por parte de la compañía demandada. Así, la Corte Suprema de Justicia declaró la resolución del contrato y, además, mandó a pagar una indemnización por daños y perjuicios, consistente en el valor de los bienes robados.

6.6 Valoración del daño

La indemnización consiste en pagar una cantidad de dinero. Una vez establecido el derecho a ser indemnizado, la siguiente pregunta se refiere al monto de dinero que debe pagarse. El valor de dinero será aquel que permita que el acreedor pase de su situación actual a la hipotética situación que tuviese si el contrato se hubiese cumplido perfectamente.

El caso de *Hawkins* vs. *McGee*, un caso decidido por la Corte Suprema de Nuevo Hampshire en 1929, popularmente conocido como "el caso de la mano peluda", sirve para ilustrar la regla de que el acreedor debe ser puesto en la posición que tuviese si el contrato se hubiese cumplido perfectamente. Un niño, Hawkins, recibió una descarga eléctrica y sufrió una lesión en su mano. La mano quedó con una cicatriz por la quemadura. El médico de cabecera de la familia, McGee, deseoso de experimentar con un método de injerto de piel que había aprendido recientemente, convence a los padres del niño para realizar una cirugía en la mano. El médico garantiza que la mano va a quedar perfecta, y los padres acceden a que se realice la operación. Los padres y el médico celebran un contrato en virtud del cual los padres se obligan a pagar un monto

de dinero y el médico se obliga a dejar al niño con una mano perfecta. Pero la cirugía no sale según lo planeado. El médico extrae un pedazo de piel del pecho del niño y la injerta en la mano electrocutada. Al poco tiempo empieza a crecer bello en la piel de la mano. No sólo que la cirugía no consiguió una mano perfecta, sino que la mano estaba peor de lo que estaba antes de la operación. Era una mano peluda.

Cumplidos los requisitos de culpa, daño, nexo causal y mora, ¿cuál debe ser el monto de la indemnización en este caso? Hay dos alternativas razonables. La primera sería darle al niño una suma de dinero que lo ponga en la situación que tenía antes de contratar. En otras palabras, el niño debería tener derecho a que se le pague una cantidad de dinero que equivalga a la diferencia entre la mano quemada y la mano peluda. La segunda alternativa sería pagar una suma de dinero que ponga al niño en la situación que tuviese si el contrato se hubiese cumplido a perfección. En otras palabras, el niño debería recibir una cantidad de dinero que equivalga a la diferencia entre la mano peluda, que actualmente tiene, y la mano perfecta, que tuviese si el médico hubiese cumplido con lo que prometió. La ley ecuatoriana se decide por la segunda alternativa. En el Ecuador, una vez que se cumplen los requisitos de la indemnización por incumplimiento contractual, el deudor debe poner al acreedor en la situación que hubiese tenido si el contrato se hubiese cumplido perfectamente. Por eso la ley ecuatoriana establece que "la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante" (C.C. Art. 1572)[10].

El daño emergente no está definido en la ley ecuatoriana. Las cortes han dicho que daño emergente es "la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, con un empobrecimiento del patrimonio, que es el perjuicio efectivamente sufrido" (Corte Suprema de Justicia, 29 de octubre de 2002,

[10] Otro argumento para sostener que la ley busca poner al acreedor en la situación que tuviese si el contrato se hubiese incumplido está en el artículo 1688 del Código Civil. Dice este artículo, con referencia a las obligaciones de dar un cuerpo cierto, que "Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, *la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto*, el deudor está obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor" (las itálicas son propias). Este artículo demuestra que para la ley ecuatoriana la obligación de indemnizar no es una obligación distinta, sino la misma obligación con un objeto diferente, por lo que el acreedor conserva el mismo derecho en caso de incumplimiento.

Gaceta Judicial Serie XVII No. 10). Y los autores están de acuerdo en que daño emergente "es la disminución o deterioro de los valores económicos que integran el patrimonio del acreedor" (Ospina, 2014, p. 128). En definitiva, el daño emergente es la pérdida sufrida en el patrimonio. Esto se produce o porque el activo disminuye o porque el pasivo aumenta. El lucro cesante tampoco está definido en la ley ecuatoriana. Las cortes han dicho que el lucro cesante "implica la frustración de ventajas económicas esperadas, o sea, la pérdida de ganancias de las cuales se ha privado al damnificado" (Corte Suprema de Justicia, 29 de octubre de 2002, Gaceta Judicial Serie XVII No. 10). La doctrina sigue la misma línea diciendo que el lucro cesante "equivale a la ganancia o provecho que el acreedor deja de percibir" (Ospina, 2014, p. 128). El lucro cesante es la falta de ganancia. Hay lucro cesante cuando se impide que el activo aumente o se impide que el pasivo disminuya.

Decir que la indemnización de daños debe comprender el daño emergente y el lucro cesante es lo mismo que prescribir que el acreedor debe ser puesto en la situación que tuviese si el contrato se hubiese cumplido. Es, también, rechazar la regla de que el acreedor debe ser puesto en la situación que tenía antes del contrato. La indemnización no busca el retorno al *status quo*, sino la protección del contrato, por lo que debe comprender lo que el acreedor perdió por el incumplimiento, el daño emergente, y lo que el acreedor dejó de ganar por el incumplimiento, el lucro cesante.

Astudillo vs. *Loarey* (Expediente de Casación 390 R.O. 205 de 16 de noviembre de 2000), un caso fallado por la Corte Suprema de Justicia puede darnos una idea de cómo se aplican los conceptos de daño emergente y lucro cesante en la práctica. En juicio se probó que el demandado había retenido injustificadamente un vehículo de propiedad del actor, y se demostró, además, que el actor utilizaba el vehículo para generar un ingreso. La corte condenó al demandado a la indemnización por daño emergente y lucro cesante, señalando que el monto de la indemnización se establecía "tanto por el deterioro que ha sufrido el vehículo", esto es, el daño emergente, como "por la utilidad o ganancia probable", esto es, el lucro cesante. Por concepto de daño emergente, la corte ordenó al demandado pagar una cantidad de dinero equivalente a la diferencia de precio que existía entre el vehículo cuando fue

retenido y el vehículo cuando fue devuelto. Por concepto de lucro cesante, la corte ordenó pagar una cantidad de dinero equivalente al rendimiento líquido que el vehículo le pudo haber dado al actor durante el periodo de tiempo en que fue injustamente retenido, tomando como referente la ganancia probable para un vehículo con las mismas características, descontando los gastos de operación y mantenimiento.

6.7 Daño moral

Hay una pregunta abierta sobre si se debe indemnizar el daño moral, además del daño emergente y el lucro cesante. Por la negativa se puede argumentar que los contratos son esencialmente relaciones patrimoniales, y que el Código Civil del Ecuador sólo regula el daño moral bajo el título de los delitos y cuasidelitos. Por la afirmación, se puede argumentar que ciertos contratos generan obligaciones que se refieren a bienes extra patrimoniales (para no irnos lejos, el contrato de prestación de servicios médicos para realizar una cirugía estética es un ejemplo por qué se contrata sobre la belleza propia que es un bien que no está en el patrimonio), que muchos bienes extra patrimoniales son más valiosos que los bienes patrimoniales por lo que, si se puede indemnizar lo menos se debe poder indemnizar lo más, y, para el caso ecuatoriano, que el considerando de la Ley No. 171 de 1984, que introdujo la regulación sobre daño moral en el Código Civil, se refiere a la necesidad de una reforma para incluir la indemnización por daño moral en las reglas sobre las indemnizaciones provenientes de delitos y cuasidelitos “y las demás que contienen el citado Cuerpo de Leyes en materia de indemnizaciones”. En un fallo relativamente reciente, la Corte Nacional de Justicia aceptó una demanda por incumplimiento contractual y ordenó la indemnización de daño moral ocasionado como consecuencia del incumplimiento del contrato (*Hotel Boulevard vs. Londonhotel*, Corte Nacional de Justicia, 8 de septiembre de 2010, Registro Oficial Suplemento 422, 2 de Abril del 2013).

6.8 Límites a la indemnización

El incumplimiento de un contrato puede dar inicio a una serie de daños. Celebramos un contrato de compraventa de una vaca. El vendedor que se comprometió a darnos una vaca sana, nos da una vaca enferma, y la vaca contagia a todos nuestros bueyes. Al poco tiempo todos los bueyes mueren. Debido a que nos hemos quedado sin bueyes, no hemos podido cultivar nuestra tierra. Debido a que no hemos podido cultivar nuestra tierra, no podemos pagar nuestras deudas. Debido a que no hemos podido pagar nuestras deudas, nuestros acreedores secuestran y venden todos nuestros bienes a vil precio. En algún punto hay que poner un límite a la cadena de daños. Queremos indemnizar al acreedor, pero, como decía Pothier, autor del ejemplo de la vaca enferma, "es necesario, sin embargo, no someter al deudor a indemnizar al acreedor de todas las pérdidas indistintamente que le haya ocasionado el incumplimiento de la obligación, y menos todavía a todas las ganancias que el acreedor hubiese podido hacer" (1764/2007, p. 87).

La ley ecuatoriana establece tres límites a la indemnización que ocasiona el incumplimiento de un contrato. En primer lugar, el daño debe ser cierto y directo. En segundo lugar, el deudor, por regla general, sólo está obligado a indemnizar los daños que ser previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. Y, en tercer lugar, el deudor no debe indemnizar los daños que son resultado de la culpa del acreedor.

El daño debe ser cierto y directo. El daño debe ser cierto en el sentido de que su producción tiene que haber ocurrido o ser la consecuencia necesaria del estado de cosas. El daño especulativo, que depende de contingencias que sólo pueden suceder con bajo nivel de probabilidad, no se indemniza. Además, el daño debe ser directo, en el sentido de que debe haber una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño. El deudor no debe indemnizar los daños que son la consecuencia de otras causas distintas a su acción culpable o dolosa. El ejemplo de la vaca sirve para aclarar el punto. Estamos de acuerdo en que el vendedor debe indemnizarnos por la muerte de la vaca y de los bueyes, pero creemos que hacer que indemnice el daño por nuestra quiebra ya es ir muy lejos, "pues bien que la pérdida de mi ganado que su dolo me ha causado haya influido en el desequilibrio de mi fortuna, ese desequilibrio puede tener otras causas" (Pothier, 1764/2007, p. 94).

Por regla general sólo se indemnizan los daños previstos y previsibles. Dice la ley ecuatoriana que "si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse, al tiempo del contrato", y la misma ley añade que "si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse demorado su cumplimiento" (C.C. Art. 1574). Una pieza del molino se daña. El molinero contrata a una compañía de transporte para que lleve la pieza al mecánico que ha de repararla. El molinero va donde el transportista, pregunta cuánto cuesta el transporte y cuánto tiempo demora el envío. El transportista le da un precio y le dice que en un día la pieza del molino va a estar en el taller del mecánico. El molinero acepta el precio y le entrega la pieza. Pero, la compañía de transporte incumple el contrato. Culpablemente retrasa el despacho de la pieza. Como consecuencia de este incumplimiento, el molino no puede operar y el molinero pierde una importante cantidad de dinero al no poder hacer producir su molino[11]. ¿Debe el transportista indemnizar este lucro cesante? La respuesta es que no. El molinero no dijo que la pieza era indispensable para que el molino funcione, ni dijo tampoco que su negocio dependía del molino. No había forma en que el transportista hubiese podido prever ese daño al momento de realizar el contrato. Con todo, si el transportista hubiese incumplido su contrato dolosamente, la ley, con la finalidad de castigar el dolo, lo hubiese hecho responsable de todo daño que, siendo directo, no haya sido previsible.

El deudor no tiene que indemnizar al acreedor el daño que él mismo se provoca. Dice la ley ecuatoriana, a propósito de los delitos y cuasidelitos, que "la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente" (C.C. Art. 2230). Los autores están de acuerdo en que la regla se aplica en sede contractual. "Los dictados de la equidad en que se inspira la mencionada regla, determinan la necesidad de aplicarla también en el campo de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones" (Ospina, 2014, p. 116). Regresemos a la vaca enferma. Supongamos que la debida diligencia prescribe a todo dueño de bueyes vacunar a sus animales contra enfermedades contagiosas, y que la vacuna hubiese evitado que los bueyes se contagien. Supongamos que el dueño de

11 Se trata de los hechos de Hadley v. Baxendale, un caso decidido por una corte en Inglaterra, en 1854.

los bueyes, el acreedor de la obligación de recibir una vaca sana, faltando a la debida diligencia no vacunó a sus bueyes. En este caso la culpa del deudor y del acreedor concurren. El juez debe reducir el monto de la indemnización proporcionalmente a la culpa del acreedor.

Finalmente, hay que recordar que, en ejercicio de la libertad de contratación, los contratantes pueden incluir cláusulas sobre el monto del daño. Los contratantes pueden establecer una cláusula penal o una cláusula limitativa de responsabilidad. En virtud de la cláusula penal se puede establecer un monto de indemnización que exceda el monto del daño sufrido (C.C. Art. 1558). En virtud de la cláusula limitativa de responsabilidad se puede fijar un límite máximo a la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento. Con todo, hay que observar que estas cláusulas están limitadas por la necesidad de que tengan objeto ilícito, por eso no pueden suponer una condonación de dolo o culpa grave futuros.

Bibliografía

Abeliuk, R. (2001). Las obligaciones (3era edición). Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.

Alessandri Besa, A. (2008). La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno (3era edición). Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.

Alessandri Rodríguez, A. (2005). De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno (1era edición). Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.

Alessandri Rodríguez, A. (2009). De los contratos (2da edición). Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.

Alessandri Rodríguez, A., Somarriva, M. & Vodanovic, A. (1998). Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general (1era edición). Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.

Alessandri Rodríguez, A., Somarriva, M. & Vodanovic, A. (2004). Tratado de las obligaciones (2da edición). Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.

Aristóteles (2000 versión). Ética a Nicómaco (4ta edición). Madrid: Mestas ediciones.

Baird, D. (2013). Reconstructing contracts. Cambridge: Harvard University Press.

Barnett, R. (2012). Contracts (5ta edición). Nueva York: Wolters Kluwer.

Barros, E. (2006). Tratado de la responsabilidad extracontractual (1era edición). Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.

Bullard, A. (2006). Derecho y economía (2da edición). Lima: Palestra.

Claro Solar, L. (2013). Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.

Concha, R. Nulidad e invalidez en el Código Civil de Bello, en especial en cuanto a su forma de operar. Revista de Derecho, Universidad del Norte, No. 44: 31-49, 2015.

Concha, R. Nulidad y obligaciones naturales: la obligación de restituir contra el derecho de retener en el Código Civil de Bello. Revista de Derecho privado, Universidad Externado de Colombia, no. 26, enero-junio de 2014, pp. 255-266.

Cooter, R. & Ulen, T. (2012). Law & Economics (6ta edición). Estados Unidos: Addison-Wesley.

Coronel C. & Del Brutto O. Nulidad e inexistencia de los actos jurídicos en Derecho privado ecuatoriano (I). Ius Humanis, Revista de Derecho, Vol. 2 2010/2011, 2011, pp. 177-209.

Coronel C. & Del Brutto O. Nulidad e inexistencia de los actos jurídicos en Derecho privado ecuatoriano (II). Ius Humanis, Revista de Derecho, Vol. 3 2012/2013, 2012, pp. 77-112.

Corral, H. Interdicción de personas que sufren trastorno de dependencia a la cocaína. Revista de Derecho, Vol. XXIV No. 2, diciembre 2011, pp. 31-64.

De Castro y Bravo, F. (1985). El negocio jurídico. Madrid: Civitas.

Del Brutto, O. Demencia y Ley. El papel jurídico del neurólogo. Revista ecuatoriana de neurología. Vol 24 Nº 1-3, 2015.

Elorriaga De Bonis, F. Las dos hipótesis de objeto ilícito contenidas en el artículo 1465 del Código Civil. Revista Chilena de Derecho Privado No. 12, julio 2009, pp. 135-166.

Larrea Holguín, J. (2009). Derecho Civil del Ecuador actualizado (1era edición). Quito: Corporación de estudios y publicaciones.

Larroumet, C. (1999). Teoría general del contrato. Bogotá: Editorial Temis.

San Martín, L. La teoría de la inexistencia y su falta de cabida en el Código Civil chileno. Revista Chilena de Derecho, Vol. 42 No. 3, 2015, pp. 745-784.

Rodríguez, P. (2011). Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno (1era edición). Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.

Rodríguez, P. (2010). (2da edición). Responsabilidad extracontractual. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.

Ospina, G. (2014). Régimen general de las obligaciones (8va edición). Bogotá: Editorial Temis.

Ospina, G. & Ospina, E. (2014). Teoría general del contrato y del negocio jurídico (7ma edición). Bogotá: Editorial Temis.

Pinochet, R. & Concha, R. Las prestaciones mutuas en caso de nulidad de contrato: carácter indemnizatorio o restitutorio en el derecho civil chileno. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, No. 28, enero-junio de 2015, pp. 129-152.

Parraguez, L. Sobre la ilicitud del objeto en el caso del artículo 1487 del Código Civil. Iuris dictio, Año 10 Vol. 13.

Paterson et al, Journal of Studies on Alcohol, Vol. 51, No. 2, 1990.

Posner, E. (2011). Contract Law and Theory (1era edición). Nueva York: Wolters Kluwer.

Pothier, R. (1764/2007). Tratado de las obligaciones (2da edición). Buenos Aires: Editorial Heliasta.

Scott, R. & Kraus, J (2013). Contract Law and Theory (5ta edición). Estados Unidos: LexisNexis.

Shakespeare, W. (2012). Obra completa. Buenos Aires: Debolsillo.

Tamayo, J. (2007). Tratado de responsabilidad civil (2da edición) Bogotá: Legis.

Toscano, F. La pretensión de nulidad de contratos civiles y mercantiles en Colombia. Revista de Derecho Privado, No. 23, julio-diciembre de 2012, pp. 407-421.

Valencia Zea, A. & Ortíz Monsalve, A. (2014). Derecho Civil (17ma edición). Bogotá: Editorial Temis.

Walker, N. Derecho de opción del contratante vencido en juicio por lesión enorme. Orígenes e interpretación del artículo 1890 del Código Civil. Revista Chilena de Derecho, Vol. 39 No. 2, 2012, pp. 297-312.

El derecho de los contratos puede resumirse en la respuesta a dos preguntas: ¿cuándo un acuerdo entre dos personas genera, legalmente hablando, un contrato?; y, ¿qué ocurre si una persona incumple con los términos del contrato? Este libro desarrolla la respuesta a estas preguntas desde la perspectiva del derecho ecuatoriano. Primero se aborda el tema de la capacidad legal para celebrar contratos, luego el proceso de formación del acuerdo, después el objeto y la causa del contrato, posteriormente la sanción de ineficacia a los contratos que no cumplen los requisitos legales y, finalmente, la situación jurídica que se produce en el evento del incumplimiento contractual. Estos temas se desarrollan con una constante referencia a la legislación ecuatoriana, pero también a casos de la jurisprudencia nacional y extranjera, que sirven para ilustrar los alcances de las reglas legales.

UEES

Centro de Investigaciones

ISBN: 978-9978-25-221-5

uees_ec
universidadespiritusanto
www.uees.edu.ec
Km. 2,5 La Puntilla, Samborondón

ceninv@uees.edu.ec
Teléfono: (593-4) 283 5630 Ext: 178 - 150